✠

IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR
DON LVIS ZAPATA Portocarrero.
CON
El Capitan Don Fernando de Toledo y Zapata.

1 LA Pretension de don Fernando de Toledo ha sido en dilatado discurso, acreditar el derecho q̃ afirma tiene, y para esto se vale de algunos presupuestos inciertos, y de cõclusiones de derecho, que no permiten la aplicacion q̃ se les ha dado, y a todo procurarèmos satisfacer cõ breuedad, aduirtiẽdo: *Sinistram suspitionem oriri contra nimis allegantem, Authent. de referendar. circa finem,* ibi: *Multitudo nihil habet honestum,* & ibi: *Hæc lex nostra multitudinem quidem expellens Abbas in proœmio decret. num. 4. vers. Secundo facit, vbi Addit. litt. A. Neuizan. in silua nupt. in princip. n. 18. Roland. cons. 36. in fin. lib. 3. Rimin. Iun. cons. 63. num. 9. Ioan. Philipp. Testai alleg. 6. n. 392. Mart. in præfat. consilior. à n. 2. vsque ad 13. cum fides veritatis verborũ adminicula non sideret, l. 1. C. si minor ab hæreditate se astineat.*

2 El verdadero hecho del pleyto primero de tenuta, q̃ siguio en el Cõsejo D. Fernãdo Zapata difunto, se asienta en nuestra informaciõ desde el num. 1 hasta el 8. inclusiue, sin q̃ en su inteligẽcia pueda auer cosa en contrario, y alli se refiere sobre que fue el pleyto, las palabras de la sentencia, comision, para su exucion, prouisiones, y autos que se dieron, para q̃ no se excediesse de lla.

3 Del segundo juizio de tenuta, intentado por don Fernãdo de Toledo, tomò materia para este pleyto, y licẽcia, para enturbiar el hecho, procurãdo con la confusion acreditar su pretension, y la equiuocacion que en esto ay, excluiremos con facilidad, y quedarân satisfechos los fundamentos que en ella se hazen, para lo qual se presupone.

Segunda demanda de tenuta.

4 *Lo primero,* que el Capitan don Fernando de Toledo puso demanda de tenuta en el Consejo a D. Luis Zapata, no solo cõprehendiendo el mayoraz

go fundado por el señor Luis Zapata, y la señora D. Maria de Chaues su muger en 30. Iunio de 1512. (a q̃ don Fernando difunto se restringiò, y limitò) sino tābien los agregados, y crecentados por los testamētos del dicho señor Luis Zapata, y el Comēdador Francisco Zapata su hijo, y el Patronato de la Capilla de S. Iuan Baptista de la ciudad de Llerena, y la jurisdiciō, diezmos, y alcaualas del Estado del Cehel, que don Luis Zapata, abuelo de don Luis Zapata, que litiga, comprò de su Magestad, *mem. num.* 733.

5 *Lo segundo*, que por don Luis Zapata se opuso, q̃ no deuia responder a esta demanda, sino en quanto a los bienes cōtenidos en la escritura de fundaciō de 30. de Iunio: porq̃ don Fernando Zapata (por cuya muerte sucedio la vacāte) nūca auia tenido derecho a otros, como se reconocia del *juizio* de tenuta, y sentencia q̃ en el se auia dado en fauor, *mem. n.* 734. y sintiendolo, y estimandolo asi el Consejo, cō vista de todo lo actuado en el (y auiendo mandado q̃ se juntasse, para la determinacion deste articulo, el pleyto q̃ don Fernādo Zapata primero auia seguido, asi en el juizio de tenuta, como en la execucion de la carta executoria, *mem. n.* 734.) declarò *por autos de vista, y reuista* de 7. de ☞ Otubre, y 16. de Nouiēbre de 648. no tener obligaciō D. Luis Zapata a respōder a la demāda de D. Fernādo de Toledo, *por entonces*, en mas bienes de los cōprehendidos en la fundaciō del año de 512. sin perjucio del derecho de D. Fernādo de Toledo, para q̃ le siguiesse en el juizio de la carta executoria, litigada por D. Fernando Zapata, y como viesse q̃ le conuiniesse, *mem. n.* 735.

6 *Lo tercero*, q̃ por *autos de vista, y reuista* se mandaron sequestar, y poner en administraciō, solamente los bienes del mayorazgo fundado por los señores Luis Zaca, y D. Maria de Chaues su muger en 30. de Iunio de 512. con esta declaraciō, y limitaciō, y en esta conformidad se despachô la comisiō al administrador, insertando en ella indiuidualmente los bienes q̃ auia de administrar, q̃ eran solo los expressados en la dicha fundacion, y no mas, *mem. n.* 839.

7 *Lo quarto*, q̃ este pleyto de tenuta, intentado por don Fernando de Toledo, se recibio a prueba con la misma declaraciō, y limitacion de q̃ fuesse solamēte sobre los dichos bienes, expressados en la dicha fundaciō de 30. de Iunio de 512. Y el auto de prueba contiene estas palabras: En la villa de Madrid a 21. de Iunio de 1645. años los señores del Consejo de su Magestad, auiendo visto el pleyto, que es entre el Capitan D. Fernādo de Toledo y Zapata, y don Luis Zapata Portocarrero, y D. Maria Zapata, y D. Diego Lasso de Castilla, y los Procuradores de cada vno en sus nombres, *sobre la tenuta, y possession del mayorazgo q̃ fundaron los señores Luis Zapata, y D. Maria de Chaues su muger en 30. de Iunio del año passado de 512. Dixeron, que mandauan, y mandaron den las partes informacion, por testigos, y escrituras, y como les conuenga, dentro de 80. dias, sobre los bienes, y rentas del mayorazgo de 30. de Iunio de 1512, y deducido, y q̃ se contiene en la sentencia de la carta executoria, despachada en fauor de D. Fernādo de Toledo difunto, y en conformidad de los autos de vista, y reuista del Consejo, de 7. de Otubre, y 16. de Nouiembre del año passado de 1643. y no mas, y asi lo proueyeron, y mandaron, mem. num. 199. fol. 292.* Y estos autos, de que este de prueba haze mencion, son los q̃ se refieren en el seguno presupuesto, *sup. n.* 5. Y en virtud deste auto se hizieron las probanças, y siguio el segundo juizio de tenuta con D. Fernando de Toledo y Zapata.

Lo

8 Lo *quinto*, que auiendoſe quexado don Fernando de que don Luis cobraua de los arrendadores del mayorazgo del Zehel, deſpues de los dichos autos de ſequeſtro, y mandadole deſpachar prouiſion, para que no le pagaſſen las rentas del dicho mayorazgo del Zehel, deſpues mãdò el Cõſejo por auto de reuiſta, que eſto fueſſe, y ſe entendieſſe ſolamente para que no le pagaſſen las rentas del dicho mayorazgo, fundado por los dichos ſeñores, en el dicho dia 30. de Iunio de 512. *mem*. num. 43. fol. 267. B.

9 Lo *ſexto*, que el dicho Adminiſtrador, con pretexto de q̃ don Luis auia cobrado algunas rentas tocantes al mayorazgo de 512. y no auia dado las fiãças, que para lo que auia cobrado dellas ſe le auian mandado dar, embargò las rentas de otras fundaciones, y otras que don Luis eſtaua poſſeyendo. Y auiendo dado las dichas fianças, el Conſejo por *autos de viſta, y reuiſta* en contraditorio juizio, mandò deſpachar prouiſion, para que el Adminiſtrador deſembargaſſe todos los bienes no comprehendidos, ni expreſſados en la dicha fundacion de 512. y que le bolvieſſe, y reſtituyeſſe los frutos, y rentas que huuieſſe cobrado de los mayorazgos, ſobre que no ſe litigaua, *memor*. fol. 1. B. en los ocho pliegos primeros añadidos.

10 Lo *ſeptimo*, q̃ en 27. de Nouiembre de 1646. ſe deſpachò otra prouiſion ſobrecarta de las dadas en contradictorio juizio, para que el Adminiſtrador deſembargaſſe a don Luis todos, y qualeſquier bienes que le huuieſſe embargado, que no fueſſen comprehendidos, y expreſſados en la clauſula del dicho mayorazgo de 30. de Iunio de 512. *memor*. vltimo añadido num. 361. fol. 11.

11 Lo *octauo*, que auiendoſe quexado don Luis Zapata en el Conſejo de que el Adminiſtrador nombrado no daua cumplimiento a lo diſpueſto por las dichas prouiſiones, inſiſtiendo en querer adminiſtrar mas bienes que los comprehendidos en la eſcritura de 30. de Iunio de 512. por otros autos de viſta, y reviſta, litigados en contraditorio juizio con don Fernando ſe mandò que ſe deſembargaſſen a D. Luis todos los bienes que no fueſſen de los contenidos en eſta eſcritura de 30. de Iunio de 512. y para ſu execucion ſe deſpacharon diferentes prouiſiones, precediendo para ellas otros autos deſta miſma calidad: y ſu cumplimiento ſe cometiò a don Iuan de Villalua, Alcalde de la Chancilleria de Granada, *memor*. num. 750. fol. 173. B. Y tambien ſe mandò por eſtos autos, y prouiſiones que le boluieſſe a don Luis, y hizieſſe boluer todo lo que huuieſſe cobrado el dicho Adminiſtrador de los bienes no comprehendidos en la dicha eſcritura, aunque en el dicho *num*. 750. no ſe ſacò eſta calidad en el memorial, ſiẽdo aſsi que eſtà expreſſado aſsi en ellos como, y en los que referimos ſupra *num*. 9. Y eſtos bienes que ſe mandaron deſembargar, eran de los que aora pretende dõ Fernando de Toledo, que le pertenecen por acrecentados por los teſtamentos, y ſubrogados, como ſe ve de los que el Adminiſtrador por ſu auto eſpecialmẽte deſembargò, *mem*. num. 751.

12 Lo *nono*, que en execucion de las prouiſiones, que en eſta cõformidad ſe deſpacharon, el dicho don Iuan de Villalva apremiò al Adminiſtrador a que cumplieſſe lo que por ella ſe le mandaua, el qual, en virtud de los autos, y prouiſiones del Conſejo proueyò auto, *memor*. num. 751. fol. 173. B. en que dixo eſtas palabras: *Deſde luego deſembargo todos los bienes que no eſtuuieren expreſſamente compre-*

pre-

prehendidos en la dicha fundacion de 512. Y mas abaxo fol. 174. B. dixo: *Y assimismo desembargo todos, y qualesquier bienes, que por qualquier titulo, causa, o razon perteneciesse, y huuiessen adquirido los fundadores del dicho mayorazgo de 30. de Iunio de 512. despues del dicho año: y en quanto a la leña, remito a los señores del Real Consejo la determinacion, por la causa, y razon que se contiene en mi relacion jurada.*

13 Lo *dezimo*, que por no auerlos desembargado todos el dicho Administrador, D. Luis se quexò desto ante el dicho Alcalde, el qual por otro auto, memor. *num.* 753 fol. 175. desembargò los demàs, y mandò dar possessiõ a D. Luis, que se halla oy legitimo posseedor, y señor dellos, como siempre lo ha sido, y es, aunque D. Fernando de Toledo le ha perturbado injusta, y atentadamente en muchos bienes de la Prouincia de Leon, pretendiẽdo introducirse a posseerlos, contrauiniendo a las executorias, prouisiones de desembargos que dõ Luis tiene en su fauor, y excediendo notoriamente de la executoria de tenuta que se le despachò, de que ay articulo pendiente en el Consejo, y concluso para verse.

14 Lo *vndezimo*, que auiendose quexado el Administrador en la Chancilleria de que el dicho Alcalde excedia en los procedimientos, se declarò por la Chancilleria que no auia excesso, *mem.* num. 750. fol. 173. B.

15 Lo *duodezimo*, que auiendo intentado don Fernando de Toledo, pendiente el juizio de tenuta, en virtud de la reserua que se le diò en los primeros autòs, de quibus supra numero. 5. proseguìr el pleito de la carta executoria, despachada en fauor de Don Fernando de Toledo su antecessor, Don Luis Zapata lo contradixo, y pretendio no tener obligacion a respònder, y el Consejo lo declarò assi, y mandò por vn auto de 27. de Febrero de 646. memor. num. 787. que D. Fernando legitimasse su persona: y despues de auer probado su filiacion, bolviò a pedir que D. Luis respondiesse diziendo, que ya auia legitimado su persona: y el Consejo por otros dos autos de vista, y reuista de 26. de Mayo, y 25. de Iulio del dicho año declarò, que D. Luis Zapata no tenia obligacion a responder, *mem.* dicto num. 787.

16 *Lo dezimotercio*, que en 29. de Otubre de 647. se dio sentencia de tenuta en fauor de don Fernando de Toledo; del mayorazgo fundado en 30. de Iunio de 512. por los señores Luis Zapata, doña Maria de Chaues su muger, que en sustancia, y literalmente no se diferencia en cosa alguna de la sentencia dada en fauor de don Fernando el difunto, que està fol. 36. *num.* 169.

17 *Lo dezimoquarto*, que en este estado don Fernando de Toledo haziendo relacion de los dichos autos, y de como auia pedido, que teniendole por subrogado en lugar de don Fernando su primo, se proueyesse, y determinasse en su persona, segun estaua pedido en la execucion de la carta executoria de tenuta en fauor del dicho don Fernando su primo, por autos de vista, y reuista de 4. de Mayo, y 4. de Iunio del mismo año, se mandò que el dicho don Luis respondiesse a lo pedido por el dicho don Fernando, *mem. dict. num.* 787. que es solo a lo comprehendido en la carta executoria ganada por el dicho don Fernando, cuya execucion estaua pendiente, y al tiempo de su muerte concluso el pleyto en poder del Relator para verse, que es lo mismo que don Fernando Zapata alegò, y pidio en prosecucion del *mem. num.* 785.

18 *Lo dezimoquinto*, que don Luis Zapata por estos autos, y en conformidad de los que el Consejo auia proueido en 29. de Mayo, y 29. de Iulio de 641. en el

pley-

pleyto de la execucion de la carta executoria con el dicho don Fernando el difunto, en que mandò, mem. num. 215. fol. 41. *que reſpondieſſe a lo alegado por don Fernando, contra el auto del juez executor, ſin perjuizio de ſu derecho*: reſpondio, afirmandoſe en las proteſtas que tenia hechas, para no conteſtar mas que en quanto a los bienes vinculados por la dicha eſcritura de fundacion de 30. de Iunio de 512. *mem. dict. num.* 787.

19 *Lo dezimoſexto*, que doña Franciſca Zapata hermana del dicho don Luis Zapata, pidio en el Conſejo ſe le mandaſſen dar alimentos del mayorazgo fundado por los dichos ſeñores en 30. *de Iunio de* 512. ſobre que era el pleito de tenuta, y eſtauan ſus bienes en ſequeſtro, y por auto de viſta ſe mandò que el adminiſtrador del le dieſſe mil ducados, del qual auto ſuplicò el dicho don Fernando de Toledo, y alegò, que el era el verdadero ſuceſſor de aquel mayorazgo, y aſsi no ſe podian ſeñalar los alimentos en los bienes del, por no eſtar obligado a darlos a ☞ la dicha doña Franciſca, por ſer ſu primo ſegundo, y que eſto tocaua a don Luis Zapata, como ſu hermano. Y por auto de reuiſta ſe mandò que los dichos mil ducados fueſſen ſeiſcientos ducados, y que los pagaſſe el dicho don Luis Zapata de los demas mayorazgos que poſſeìa, *memor. añadido* fol. 1. de los 8. pliegos que andan de por ſi, con que ſe verifica que ſe tuuieron por mayorazgos diſtintos, y por poſſeedor dellos a don Luis Zapata, como lo era, y verdaderamente lo es.

20 Contra tantas indubitables demonſtraciones de que lo que ſiempre ſe ha litigado, proſeguido, y determinado, fue ſolamente ſobre los bienes expreſſados en la fundacion del mayorazgo hecho por los ſeñores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues en 30. de Iunio del año de 1512. y no mas: exceſsiuo animo es pretender que ſe pueda eſtender a otras fundaciones, y bienes, la execucion de la carta executoria deſpachada en fauor de don Fernando Zapata difunto, que es el juizio en que ſe ha ſubrrogado, y ſucedido don Fernando de Toledo, y Zapata: y para excluirlo tiene don Luis Zapata en ſu fauor todas las reglas: porque ſi ſe atiende al *pedimiento* de don Fernando Zapata difunto, fue ſolamente la tenuta de los bienes expreſſados en la dicha fundacion de 30. de Iunio de 512. Si ſe mira a la *prueua*, fue ſola la preſentacion de aquella eſcritura de fundacion. Si al *ſequeſtro* (que en el primer pleyto de tenuta ſe hizo) fue de la miſma ſuerte, con limitacion, y declaracion de los bienes ſobre que ſe litigaua, que eran los expreſſados en la dicha fundacion. Y ſi ſe repara en la *ſentencia* de tenuta, es con la miſma declaracion, refiriendoſe a la fundacion hecha por los dichos ſeñores, y aſsi en eſtos terminos ſin exceder dellos, ſe ha de contener la execucion de la carta executoria, y de todo lo referido obſta a don Fernando de Toledo excepcion de coſa juzgada, por la razon del texto in *l. ſi ex teſtamento 20. ff. de except. rei iudic.* ibi: *Quod nec pars petere putaſſet, nec iudex in iudicio ſenſiſſet*, y porque la coſa juzgada obra no ſolo en lo que expreſſa, y literalmente ſe contiene en ella, ſino tambien en lo que della por preciſa conſequencia ſe infiere, ex *l. ſi inter me, & te, ff. eod. tit. de except. rei iudicatæ.*

21 Y en nueſtro caſo no auemos meneſter valernos deſta concluſion; pues tenemos tantos autos de viſta, y reuiſta, coſas juzgadas, y executorias del Conſejo, como ſe han referido, para que no ſe exceda de los bienes expreſſados en la di-

dicha fundacion de 30. de Iunio de 512. Y aunque todas persuaden esta verdad, la que mas podia quitar a Don Fernādo de Toledo las vanas esperanças en que ha fundado su pretension, es, que aviendo pedido la tenuta de los bienes de la dicha fundacion, y de los demas mayorazgos agregados, y subrogados en los autos de que se hizo mencion *sup. n. 5.* solamente se admitiò la demanda en quāto a los bienes de la fundacion de treinta de Iunio de quinietos y doze, y en el auto de prueba de que hizimos mencion, *sup. nu. 7.* tambien huuo esta limitaciō, y en la sentencia que se dio en su fauor, se dixo, y declarò lo mismo, por lo qual tambien obsta a Don Fernando de Toledo la excepcion de cosa juzgada, de que hablò la *l. Duobus 19. ff. eodem tit. de except. rei iudicat.* ibi: *Quęsitum est, an exceptio rei iudicatę obstaret?* Respondit: *Si opposuerit exceptionem rei sibi ante pignoratę, & nihil aliud nouū, & validū adiecerit, sine dubio obstabit. Eandē enim quæstionem reuocat in iudiciū.*

22 *Præterea*, si el Consejo con vista de los autos del primer pleito de tenuta, intentado por don Fernando Zapata difunto, y determinado en su fauor, no huviera sentido que solamente se auia litigado sobre los bienes expressados en la dicha fundacion de 30. de Iunio de 512. presentada en el pleito, no huuiera proueido tantos autos de vista y reuista, en fauor de D. Luis Zapata, mandando alçar los embargos, hechos en los demas bienes no comprehendidos en la dicha fundacion, ni huuiera declarado tantas vezes que D. Luis Zapata no tenia obligacion a responder a los pedimientos de don Fernando de Toledo.

23 Y si se replicare, que estos autos de no responder D. Luis Zapata a ellos en lo que excedian de la dicha fundaciou de 512. tuuieron la calidad de *por aora*, y que despues de auerse determinado el pleito de segunda tenuta, en fauor de Don Fernando de Toledo, se le mandò que respondiesse derechamente, se satisface.

24 *Lo primero*, con que los dichos autos, dados con la dicha calidad *de por aora*, obran cosa juzgada, para lo qual es magistral *la decision 81. de Antonino Thesauro*, y la *decision 122. num. 13.* del mismo *Autor*: Y esto se haze indubitable, advirtiendo, que para proueerle los dichos autos, se hizo (*memor. fol. 164. B. num. 734.*) relacion del pleito, que el dicho don Fernando Zapata difunto siguiò en el Consejo, sobre el mayorazgo de 30. de Iunio de 512. de que claramēte se infiere, que no dudò el Consejo de que pertenecian a don Luis Zapata las demas rentas, y bienes de las otras fundaciones; pues no dio lugar a litigio de tenuta sobre ellos.

25 *Lo segundo*, que la *reserua*, q̄ en alguno destos autos se hizo en fauor de don Fernando de Toledo, fue solamente como arriba se ha advertido, para que siguiesse su justicia en execucion de la carta executoria, despachada en fauor de D. Fernando Zapata su antecessor, ò como le conuiniesse: y estas palabras no impiden que los dichos autos ayan obrado contra èl cosa juzgada: porque la *reserua* no le pudo dar mas derecho del que tenia, *l. si quis legauerit, ff. de legat. 1. Angelus in l. omnes pertextum*, ibi, *C. de prescript. triginta, vel quadraginta annorum, l. si in venditione, ff. communia prædiorum, Oldrad. consi. 214 num. 3. Socin. cons. 287. n. 2. lib. 2.* Decius *cons. 516. num. 18. ad finem, Decian. responso 12. num. 26. tom. 2 Franch. decis. 540. n. 15. Alex. Ludouis. decis. 347. num. 22.* adonde afirma, que no es inconuiniente que la reserua no obre cosa alguna, *vbi ius non competit.* Y en el *num. 23.* que antes la naturaleça della es *nihil opperari si ius reseruatum, non subsistit, ex Angelo cons. 15. sub num. 2. vers. Natura enim reseruationis Francisc. Maria Prat. discept. forens. 1. sexquicenturia cap. 34.*

num.

num.5.& seqq.& 2.sexquicenturia, cap.48.num.44.Aymon Crauet. cons. 29. num. 8.& cons.33.num.20.& cons.144.num.15.Socin.Iun.cons.67.num.19.lib.1.& cons. 49.num. 2.& 3.lib.2.Ioann.Francisc. Andreæolo controuers.forens.75.n.7.Ruin.cons.99 n.10.lib.1.

26 *Lo tercero*, que de auerse mandado que Don Luis respondiesse à los pedimientos de dō Fernando de Toledo no se puede inferir el menor fundamēto en su fauor; porque el auer respondido Don Luis, fue en conformidad de los autos en que se le mandò responder, sin perjuizio de sus excepciones, como se ha dicho en el juizio de la carta executoria con don Fernando el difunto, en cuyo derecho sucedio el Capitan D. Fernando de Toledo, como se ha aduertido *sup.n.15.*

27 En tres articulos se ha dilatado el discurso de la pretension de don Fernando de Toledo, a los quales procuraremos responder con la mayor breuedad que sea possible.

En el primero se intenta persuadir que el juizio de tenuta de vn mayorazgo, es vniuersal, y como tal comprehende todos los bienes, aunque no se ayan especificado, y que los que en el se incluyen se han de liquidar, ajustar, y declarar en execucion de la sentencia, por ser esto de la naturaleza del juizio vniuersal, y con esta ocasion se ponen las diferencias de juizios, vniuersal, general, y particular, desde el num.21.vsque ad num.26.y se aplican varias doctrinas, y conclusiones, que bien entendidas no es possible que causen detrimento alguno a la defensa del derecho de don Luis Zapata.

28 No se niega que el mayorazgo sea derecho vniuersal; pero en nuestra informacion desde el *num.*35.se ha fundado que el mayorazgo es *vniuersitas facti*, que por aptitud puede recibir aumento; pero no tienen aplicacion las alegaciones, y comparacion de la herencia, y otros juizios vniuersales, quæ dicitur *Vniuersitas iuris*, y la diferencia que ay inter vniuersitatem iuris, & vniuersitatem facti, està bien ponderada a nuestro proposito, para los terminos deste pleyto en nuestra informacion, y sin fundamento se desestima en la informacion contraria desde el *num.*26.pues se vale de la doctrina de *Ioan.Bolognet. in l. edita num.* 49. *C.de edendo*, cuyas palabras refiere (y abrà sido error de la impression) y se aduierte que las que deste autor *se deuieron poner enteramente*, son del *num.* 47.y fuera buena llaneza alegar las del mismo *Ioan.Bologneto, ibidem num.* 49. en que declara lo que dixo en los numeros antecedentes, ibi: *Effectus autem magnus est an sit Vniuersitas facti, vel iuris; quia si est vniuersitas facti potest vendicari per rei vendicationem ordinariam, sicut vendicantur alia corpora, vt domus, fundus, nauis, & alia corpora, quæ ponuntur in l.eum qui ædes, & l.rerum mixtura, ff. de vsucapionib. quæ corpora quantum ad rei vendicationem non differunt ab alijs rebus particularibus. Vniuersitas vero iurium, non petitur per ordinariam rei vendicationem, sed per vnam aliam actionem realem, vniuersalem destinatam ad petendum iura vniuersalia, vt petitio hæreditatis, bonorum poßessoria hæreditatis petitio, & fideicommißaria hæreditatis petitio, de quibus in rubrica, ff. de petit. hæreditatis, & ff. de bonorum possessione petit. & ff. de fideicommis. hæreditat. petit. & similis etiam actio datur ad petendum peculium; quia vniuersitas peculij non potest vendicari ordinaria rei vendicatione, sicut neque hæreditas potest vindicari ordinaria rei vendicatione.* Y en el *num.*50.este mismo autor dize, que tiene eleccion el actor de vsar de la rei ☞ vendicacion, para bienes particulares, ò del derecho vniuersal. Y en el *primero caso* el juizio serà particular. Y en el *segūdo, vniuersal*, ibi: *Et in electione sua est intentare*

tare particularem pro qualibet re hæreditaria, vel petitionem hæreditatis pro iure vniuersali contra non possidentem titulo vnam rem etiam tantum, quo casu (scilicet en este segũdo) *semper erit lis super vniuersitate,* ET PETETVR VNIVERSITAS, ET SENTENTIA EST FERENDA SVPER VNIVERSITATE, DECLARANDO AD EVM PERTINERE IVS VNIVERSALE, ET RES POSTEA IN VNIVERSITATE COMPRAEHENSAE VENIVNT PER OFFICIVM IVDICIS, VT DECLARAT BARTHOLVS IN DICTA L. LICET MINIMAM, ff. DE PETIT. HAEREDITAT. ET HIC OMNES DOCTORES, *& eadem omnia possunt dici de peculio vendicando, & aljis vniuersitatibus, vt res particulares possint peti particulari rei vendicatione, iuxta legem si peculium, ff. de peculio legato.* Y este mismo *Autor,* ibidem *num.* 54. dà inteligencia à la *l.* 4. *ff. de petit hæreditatis*, en aquellas palabras, ibi: De *qua sola controuersia est*, diziendo, que en el caso de aquel texto, *lis non erat super illa re nominata, sed super vniuersitate.*

29 Y esta interpretaciõ se persuade indubitablemente por la *rubrica, y titulo* en que està puesta esta *ley* 4. que es *de petit. hæreditatis*: y esta peticion, ò accion no se intenta para vna, ò mas cosas particulares, sino es, *ad ius vniuersale*, videlicet, que se declare pertenecer la herencia al actor, y en consequencia desta accion, ò peticion vendrà la cosa particular, y este entendimiento de la *ley* 4 *ff. de petit. hæreditat.* acredita *Antonio Fabro in rationalib. tom.* 2. *lib* 5. *tit.* 3. en la explicacion della, con estas palabras: *Ratio decidendi in hæreditatis petitione non res alia singularis petitur, licèt nihil nisi vnam rem hæreditariam possideat is qui conuenitur, sed hæreditas ipsa, quamtumuis minima res sit, quæ à reo possidetur, l. licèt minimam* 10. *iuncta lege præcedenti infra hoc titulo. At qui hæreditas nomen iuris est, cum in iure consistat, non in corpore, l. hæreditas* 50. *infra eodem, & continet non solum quidquid in morientis patrimonio fuit excepta causa possessionis, l.* 1. *§ Sceuola infrà, si is qui testamento liber. esse iuss. sed etiam fructus, partus, & alia huiusmodi, quæ hæreditati etiam post mortem accesserunt. Recipit enim, & augmentum, & diminutionem. l. Item veniunt* 20. *§. item non solum infrà hoc titulo: ergo cum tota hæreditas in iudicium petitionis hæreditatis ab initio deducatur, licèt vnius tantum r[illegible] nomine, si posteà cœperit possessor aliud quidpiam possidere, nullo in eam rem nouo iudic[illegible]ae interpellatione opus est. Petita siquidem hæreditate hoc quoque petitum intelligitu[illegible]st hæreditatis. Vnde etiam fit, quod magis est, vt si quis cum peteretur ab eo hæreditas, ne[illegible], neque iuris vllius velut possessor erat, verùm posteà aliquid adeptus est, placet teneri e[illegible]n petitione hæreditatis, & condemnandum esse: licet abinitio, nihil possederit, l. item videndum* 18. *§. pen. l. si quo tempore* 41. *infrà eodem.*

30 Y esto proprio enseña el mismo *Ioan Bologneto in d. l. edita num.* 54. explicãdo assi *d. l.* 4. *ff. de petit. hæredit.* en aquellas palabras, ibi: *Vniuersale iudicium, non restringitur per nominationem vnius rei, l.* 4. *ff. de petit. hæreditat.* ibi: *De qua sola controuersia est, quia lis non est super illa re, sed super vniuersitate, sed in generali iudicio si pars se restrinxit ad certas res, illæ solæ veniunt, & non aliæ, quia cum alię non sint nominatæ, nec sit corpus sub quo contineantur, merito non possunt in iudicium venire*, & infra ibi: *Remanet igitur aperta differentia inter ista tria Vniuersale, & Generale, & Particulare iudicium, quia in vniuersali res particulares non petuntur, neque specialiter, neque generaliter, sed petitur ipsum ius vniuersale in generalibus verò petuntur ipsæ res particulares, sed collectiuè, & generaliter nominantur, & de necessitate, non exprimuntur particu-*

& ticulariter. ET QVANDO EXPRIMVNTVR RES PARTICVLARES DIMINVITVR IVDICIVM, *at in singularibus res particulariter petuntur, & particulariter nominantur, l. si in rem, ff. de rei vendicat.*

31 Y supuesto que la parte cõtraria quiere valerse de dezir, q̃ fue juizio vniuersal el q̃ intentó don Fernando Zapata, y gouernarlo por las reglas de *petit. hæreditat.* se hallarà con obligacion de probar, q̃ el pedimiento se dirigió, y cõcluyó *super iure vniuersali*, porq̃ assi se deuia formar el pedimiẽto, como tambien lo aduirtio *Ioan. Petrus Ferrar. in pract. Papiensi in forma libelli pro hæreditate abintestato delata*, & ibidẽ *Ioan. Antonius Mauserius in addit. sub verbo coram vobis, n. 9.* y *Paz in pract. 3. tom. §. 11. n. 1. vers. Et hæc actio est vniuersalis, & num. 4.* ibi: *Et ad hoc, vt hæc actio cõpetat, & rectè intentetur requirũtur sequẽtia. Primò quod actor in libello concludat quod iudex declaret eum heredẽ esse, & hæreditatẽ ad se pertinere, l. ex diuerso, §. 1. ff. de rei vendic. & quod petat, vt iudicis officio, sibi restituatur quid quid reus ex hæreditate possederit, l. licèt de petit. hæreditatis, l. 1. §. 1. ff. si pars hæreditatis petatur, &c.* Y esta dotrina acredita *D. Couarr. pract. quæst. c. 12. in principio*, ibi: *Idcirco in hoc tendit iudicium hoc petitionis hæreditatis, vt quis declaretur, ac pronũcietur hæres, ad eumq; hæreditatẽ, id est vniuersitatẽ pertinere*, & iterum *num. 1. qua ratione satis erit libellũ iudici offerre absque vlla rerũ expressa mentione, quo petat quis se pronunciari heredẽ defuncti, & ad eum illius hæreditatem pertinere, damnarique aduersariũ ad restitutionẽ omnium rerum ad hæreditatem illam pertinentium*, & infra ibi: *Prius etenim oportet petere quod pronuncietur hæres sempronij defuncti. Hoc siquidẽ in hoc iudicio potissimũ est, cui consequitur hæreditatis, & rerũ hæreditariũ restitutio, & ideo non rectè ☞ petit; quia agens petitione hæreditatis, ipsam hæreditatẽ petit, nisi prius petierit se pronunciari hæredem, cum ad hoc detur hoc iudiciũ, vt per iudicis definitionẽ actor hæres pronuncietur.* Y en el *n. 6. ibidem*, tratando de la interpretacion de la *l. 4. ff. de petit. hæreditat.* tantas vezes repetida, cõcluye lo mismo con aquellas palabras, ibi: *Igitur hanc opinionẽ sequuti censemus, proposita petitione hæreditatis, vt ea proponenda est, ac præmisso libello quo quis petit se pronunciari hæredẽ, etiam si petierit vnius tantum rei, quàm reus tẽpore motæ litis possidebat, restitutionẽ, nihilominus posse reũ cogi per sentẽtiam, & per iudicis exequentis officium ad restitutionem omnium aliarum, quas lite pendẽte cœperit reus possidere.* Y esta misma dotrina siguio, con muchas autoridades, *Petrus GilKenius in d. l. edita num. 42. & num. 66. & 67. C. de edendo.*

32 De todo lo dicho se infiere, quan vana, y inutilmente se pretẽde por dõ Fernando de Toledo, q̃ en la execuciõ de la carta executoria, despachada en fauor de D. Fernando Zapata, se comprehendan los bienes de otras fundaciones de mayorazgos, con titulo de agregados, acrecẽtados, y subrogados: Porq̃ el juizio que intentô don Fernando Zapata, fue solamẽte sobre la tenuta del mayorazgo que fundaron los señores Luis Zapata, y D. Maria de Chaues su muger, y la escritura q̃ presentô cõ la demanda, fue la de la fundacion hecha por los dichos señores en 30. de Iunio de 1512. la sentẽcia del Cõsejo fue mãdarle dar la tenuta delos bienes expressados enla dicha fundaciõ; pues ☞ siendo este el pedimiento, esta la fundacion a que se refiere, esta la setẽcia que se reduce, y limita a solos estos bienes, como es possible q̃ se trate en la execucion della, de q̃ se estiẽda a otras fundaciones en que no huuo pedimiẽto, contestacion, probança, ni sentencia? y que se pretenda q̃ huuo juizio vniuer-

uersal, en que se ayan comprehendido, agregados, acrecentados, y subrogados, en que don Luis Zapata no fue demandado, vencido, ni condenado?

33 Y si pudo pedir mas don Fernando Zapata, y no lo hizo, con esto (aunque pudiesse auer intentado vn juizio vniuersal) le restringió, y limitò a juizio particular, y huuiera vsado mal de la elecciõ, disminuyendo su acciõ (en caso q̃ alguna tuuiera, q̃ se niega) y no lo pudiera emendar en el discurso del pleyto, sin nueua manda, cõtestacion, y prueba: y mucho menos despues de la sentencia, de cuya execucion se trata, como lo dâ a entẽder, *D. Couarruuias dict. c. 12. practic. n. 6. sub vers. Nec huic sententiæ*, ibi: *Nec huic sententiæ oberit Bartol. opin. d. l. edita, poterit enim hunc sensum habere, vt sit intelligenda, quando hæres institutus in re certa, petitionem hæreditatis in iudicium deduxerit eam proponens, tanquã veri institutus in re certa, petens se talẽ hæredem pronunciari, eique eadem rem certam restitui, vt hæredi in ea resolum instituto. Non enim poterit post litis contestationẽ in hoc iudicio petere aliam rem, nec se pronunciari hæredem in alijs rebus, aut ad alias res consequendas. Sic etenim Bartoli verba intellexit Philipus Corneus in cons. 148. n. 4. lib. 4. erit vero fortasis, & hic optimus sensus, ne opinemur Bart. contrariũ Iurisconsulto in dict. l. 4. sed, & Bartol. Socin. colum. 3. existimat in dicta l. edita posse aliter accipi Bart. opinionem, vt ipse voluerit non possẽ post litem contestatam, aliã rem in iudicium deduci, quoties actor nõ egit petione hæreditatis, sed petit rẽ quandã sibi, vt hæredi Sempronij restitui. Poterit ni fallor Bartoli distinctio, & hunc sensum pati, vt in iudicijs vniuersalibus vbi actum sit vniuersaliter nulla re expressim petita, superflua sit alicuius rei mutatio, aut additio, cũ omnes res veniant absque aliqua rerum additione in hoc iudiciũ ex natura actionis. At si actũ fuerit vniuersali iudicio ad vnã tantum rem non posit fieri mutatio, nec additio alterius rei adhunc effectũ, quod iure mutationis, vel additionis de his rebus in iudicio tractetur.* Y a este mismo proposito, y para mas cõfirmacion de las cõclusiones, q̃ defendemos se ha alegado en nuestra informacion *n. 52.* la dotrina indiuidual de *Anton. Gomez in l. 45. Tauri, n. 166.* y se han referido sus palabras.

34 Esfuerçase mas el derecho de don Luis Zapata, considerãdo, que ninguna de las demas fundaciones de mayorazgos que possee fuerõ hechas por los dichos señores Lus Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, *juntamẽte*; y assi el pedimiento de dõ Fernãdo Zapata no se puede aplicar a otras fundaciones, q̃ no huuiessen hecho *simul* estos señores. Porq̃ la disposicion; que habla de dos, ò mas personas collectiue, ò copulatiuamẽte, no se puede aplicar à lo q̃ qualquiera dellos singularmente huuiere hecho, porq̃ destos actos particulares no habla la disposicion: y esta cõclusion puso por regla indubitable *Ioan. Petrus Surd. decis. 176. n. 5.* ibi: *Et est regula, quòd collectiuè disposita inter aliquos, ex vna parte, non habeant locũ inter se, l. Qui duos, & l. sequenti, ff. de procuratorib. l. si quis ingenuã, §. in ciuilibus, ff. de captiu. & postlimin. reuer. & hanc conclusionẽ exornat inferens ad notabiles decisiones Alciatus in cons. 164. n. 19. & cons. 200. n. 4. Decio in cons. 253. n. 3. Alban. in cons. 38. in fine, Zancho in l. Hæredes mei, §. cum ita p. 6 n. 87. ff. ad Trebell.* Y estos consejos de *Alciato*, que se refieren en esta *decision*, son en la mas antigua impressiõ, y en la mas nueua el *cons. 18. n. 45. lib. 5.* y el *cons. 9. n. 9. lib. 9.* con que se excluye lo que vanamente se ha pretendido fundar en la vltima informacion contraria, *num. 73.* y la aplicacion de sus alegaciones en los terminos deste pleyto, es intolerable, y totalmẽte estraña del pedimiẽ

to

co de la fundacion del mayorazgo, hecha por los dichos señores juntamente, y de la sentencia de tenuta, sin que se le pueda dar estension, ni otra interpretacion.

35 Aumentase esta defensa de don Luis Zapata, considerando que lo que pidio don Fernando Zapata fue la tenuta del mayorazgo, que fundaron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger; y aquella palabra: *Que*, corresponde a la diccion: *Quis vel qui*, que es relatiua, y se restringe à la cosa, ò cosas à que se refiere, ex text. in *l. à filio*, §. *testator*, *ff. de aliment. & cibar. legatis*, *Augustin. Barbosa in remiss. Doctor. de dictionib. diction.* 273. *num.* 2. ibi: *Habet naturam restrictiuam, per quam præcedentia restringuntur ad casum relatum, quandò sine copula est adiectum*, text. *est qui adhoc communiter allegatur in l. ea tamen adiectio, vbi Barthol. ita summat, ff. de legat.* 3. *tenent* Menoch. *cons.* 177 *num.* 22. *Cota in memorabilib. verb. Quis, pagin.* 727. *Surd. decis.* 282. *num.* 6. *& cons.* 127. *num.* 47. *Morot. respons.* 5. *num.* 5. *& sequenti Cenedo dict. singul.* 27. *num.* 4. *Caldas Pereira de potestat. eligend. cap.* 11. *num.* 19. *& de extinct. emphytheut. cap.* 10. *num.* 49. *Ant. Monach. Lucensi decis.* 57. *num.* 4. Y asseguran tambien esta conclusion la *l. Talis scriptura* 30. §. *item si legetur*, *l. planè*, §. *sed si non corpus*, *vers. Sed hoc ita erit accipiendum*, *ff. de legat.* 1. *l. in ratione* 30. §. *diligenter*, *vers. Certis*, *ff. ad l. Falcidiam*, *l. ait Prætor*, §. 1. *ff. de re iudicat. l. certum* 6. *ff. de reb. credit. & si certum petatur*; y estos textos a nuestro proposito alega Camillo de *Medic. cons.* 52. *nu.* 20. *& seqq.*

36 Y esta conclusion procede de manera, que la limitacion, que causa el *relatiuo*, no se entiende solamente *in quantitate*, sed etiam *in tempore*, dict. *l. a filio*, §. *testator*, *ff de aliment. & cibar. legat.* & ita *Bart. in summario*, *l. stichum. qui meus erit*, *ff. de legatis* 1. *Cephal. cons.* 636. *n.* 5. *&* 6. *Aflictis decis.* 403. *nu.* 16.

37 De todas estas conclusiones se infiere indubitablemente. Lo *primero*, que el pedimiento de don Fernando Zapata fue limitado, *ad vniuersitatem facti*, y no ajustado *ad vniuersitatem iuris*; y en terminos *vniuersitatis facti*, tambien se limitò *ad quantitatem, & tempus*, scilicet à los bienes del mayorazgo, que fundaron juntos los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger en 30. de Iunio de 512. la prueua fue tambien limitada a los bienes expressados en la dicha fundacion, que fue la escritura della, que se presentò: la sentencia fue de tenuta cō esta misma limitacion, refiriendose à esta fundacion. *Ergo* no se puede estender a mas esta su execucion.

38 Y quando esto no estuuiera tan claro, assi se auia de interpretar; porque la sentencia se entiende, que es conforme à la demanda, y a los autos, *Alex. Ludouis. decis.* 535. *num.* 9. *Rota Romana in recentioribus decis.* 271. *num.* 2. *part.* 1. Y si se repara en sus palabras, non operantur plus, quam ex necessitate vis verborum patiatur, *l. si quis*, §. *si vel parens*, *ff de liber. agnoscend. Medic. decis. Senensi examinat.* 39. *num.* 13. *Rota Romana in recentiorib. decis.* 332. *num.* 5. *part.* 1. y las palabras de la sentencia, stricti iuris sunt, *l.* 1. *C. de ordin. iudicior. Bart. in l. Iulianus num.* 5. *ff. de condictione indebiti*, *Rota Romana in recent. decis.* 440. *numer.* 5. *part.* 1. *Ioannes Antonellus consil.* 50. *num.* 6. *&* 7.

39 Lo *segundo*, que quando tuuiera don Fernando Zapata voluntad de intentar vn juyzio vniuersal *iuris*, segun las doctrinas referidas, se huuiera hallado limitado, y reducido à juyzio particular.

40 Lo *tercero*, que el juyzio *vniuersitatis facti*, como es el mayorazgo, no cōprehende por su propia naturaleza agregados, ni acrecentados; porq̄ estos *pendent à facto hominis*; y en ellos se puede suceder por diuerso derecho, y por otras fundacio

nes

nes de diferentes calidades, y assi se vee cada dia que vn sucessor tiene derecho al mayorazgo principal, y otro à los acrecentados, y agregados de que ay infinitos exemplos; y particularmente en el Estado de Cifuentes, y en el de Osorno, y en el de Lerma, como està aduertido en nuestra informacion, sub num. 24. & num. 39. & sequentibus.

41 Y siendo assi, que todo lo que se ha pretendido fundar por la parte contraria en el primer articulo de su informacion, es que el mayorazgo, est vniuersitas iuris (que es conclusion desierta de toda autoridad) y que por naturaleza de la accion intentada, y remedio de tenuta, vienen los acrecentados por aumento intrinseco, ò extrinseco (en que tambien se confunden los terminos) y que el pedimiento de don Fernando Zapata fue limitado en calidad, y cantidad de bienes, y en tiempo, y que en estos terminos se siguio, y determinò el juyzio, queda excluido, y desacreditado todo lo que se ha alegado por la parte contraria en comprobacion del primer articulo de su penultima informacion.

RESPVESTA.

Al articulo segundo de la informacion dada por Don Fernando de Toledo y Zapata.

42 Lo que en este articulo pretende fundar la parte contraria, es que don Fernando Zapata, que intentò el primer juyzio de tenuta, en que se dio la sentencia, de cuya execucion se trata comprehendio en su demanda no solo los bienes del mayorazgo, que fundaron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues en 30. de Iunio de 512. sino tambien todos los acrecentados, agregados, y subrrogados por otras fundaciones singulares hechas en diuersos tiempos por el mismo señor Luis Zapata solamente, y por el Comendador don Francisco Zapata; y para prouar este intento, se vale de diferentes alegaciones, y ponderaciones en el num. 66. vsque ad 100. inclusiuè.

43 Bien pudieramos escusarnos de responder à este articulo; porque en el se propone vn hecho con las calidades que la parte contraria ha entendido que le conuenia que tuuiesse el pedimiento de don Fernando Zapata; pero como estas han faltado en el, no pueden tener aplicacion las doctrinas, y autoridades que refiere: y en nuestra primera informacion, desde el *num.* 52. hasta el *num.* 55. inclusiuè, està sobradamente satisfecho a lo que se alega por don Fernando de Toledo, y en este discurso, *supra num.* 28

45 No tiene fundamento el dezir, que la demanda de don Fernando Zapata no se restringio al mayorazgo fundado por los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues; pues en ella misma se halla el desengaño desta incierta proposicion, y se acredita mas con las demonstraciones de que arriba hizimos ponderaciones de *simultanea disposicion*, destos dos señores de calidad, y cantidad de bienes que no es necessario repetirlas, y para assegurarlo bastàra.

45 Lo *primero*, que con la misma demanda se presentò la escritura de 30. de Iunio de 512. otorgada por los dichos señores, sin que se aya presentado otra en aquel-

aquel pleito de tenuta: De que se sigue, que la demanda se refirió solo a esta escritura, que quando tuuiera palabras muy generales, se auian de restringir, y coartar por ella: porque con su presentacion, manifestò Don Fernando, que su derecho, y accion, se fundaua en aquel instrumento, y en los bienes contenidos en él; porque siempre que el actor, ò el reo presenta instrumento, para fundar su accion, ò excepcion, es visto reduzirse, y limitarse a èl, per text. in *l. quædam mulier, ff. de rei vendicat. l. minus instructus*, C. *de adquirend. possess. & per Doctores in l. edita, C. de edendo*, vbi tractatur communiter an sit exprimenda causa libelli, *Bald. cons.* 89. *vol.* 1. *num.* 4. *Menoch. de præsumptionib. lib.* 6. *præsumpt.* 67. *num.* 1. *& Mandel. cons.* 64. *nu.* 31. *&* 32. *Ossischus decis.* 131. *a num.* 37. *vsque ad* 40. Y aunque estos Autores hablan in *Reo*, idē procedit in *Actore*, ex regula *legis* 1. *ff. de exceptionibus*.

46 Y esta conclusion se prueua con otra no menos cierta, quòd Generalis sermo, seu loquutio restringitur ad suam causam, vt ex *l. emptor*, §. *Lucius, ff. de pact.* & alijs iuribus, & authoritatibus tradit *Petrus Surdus cons.* 77. *num.* 34. *& cons.* 160. *nu.* 37. Y la causa de la demanda, y libelo de tenuta, bien se reconoce, q̄ es el instrumēto en que se funda, como si lo expressàra, pues no ay otro en que pudiesse estriuar su derecho, *argumen. text. in l. si mater*, §. *eandem, ff. de exceptione rei iudicat.* ibi: *Eãdem causam facit origo petitionis, & l. cum de hoc* 27. *ff. eodem*, ibi: *Id ipsum de quo agitur causa proxima actionis*.

47 Y de la misma manera, que la sentencia se dize contener cosa cierta, quādo se refiere a instrumento, que contiene cosa, y cantidad cierta, y se limita à èl, como està fundado en nuestra informacion à *num.* 45. *cum sequentibus*. Y se pōderarà despues. Lo mismo procede en el libelo, que se refiriò à algun instrumēto; porque la sentencia, y demanda, son correlatiuos, y procede de vno al otro el argumēto, ex latè dictis in nostra allegatione à num. 43.

48 Lo *segundo*, que la conclusion fue pedir la tenuta, con las palabras, ibi: *Del dicho mayorazgo*, y aquella palabra *del*, que corresponde a la diccion Latina *ille* es *relatiua*, & refertur solum ad nominatos, *glos. in cap. vt circa*, §. 1. *vers. coram*, vbi *Geminianus de elect. lib.* 6. *Paulus de Castro in l. final, num.* 1 *ff. de reb. dub. & Alexand cons.* 204. *num.* 4. *&* 5. *lib.* 2. *Ant. Angel. Grat. tract. de dictionib. dict.* 86. *sub nu.* 1. y como lo aduierte *Augustin Barbos. eodem tract. de dictionibus dict.* 125. *num.* 1. significat *ocularem, & expressam demonstrationem*, y alega à *Surdo decis.* 125. *num.* 1. *y a Anton. Monach. decis. Bononiensi* 61. *num.* 46.

49 Y esto se haze mas preciso con las palabras siguientes, ibi: *Del dicho mayorazgo*, porque aquella palabra *dicho*, que corresponde a la dicion Latina *dictus* restringitur ad precedentia, & ad illa refertur, & repetit omnes qualitates casus anteà relati, como refiriendo muchas autoridades, declaraciones, y ampliaciones ajustadas a nuestro intento, lo prueua el mismo *Augustin Barbosa dict. tract. de dictionibus dict.* 71. *per totam*.

50 Con esto se excluye la impropia aplicacion que se pretende hazer en la informacion contraria, *num.* 73. del exēplo que se pone, ibi, *Gregorius, & Bonifacius Pontifices constitutiones fecerunt*. porque en estos terminos, es indubitable, y preciso q̄ se huuiessen de tener por diuersas; porque en vn mismo tiempo no pudo auer dos Pontifices, ni concurrir à hazer vnas mismas constituciones. Demas de que tambien se habla de constituciones en numero plural, y la demanda de Don Fernan-

do Zapata,es de la tenuta del mayorazgo que fundaron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger,y esta proposicion no se puede verificar,sino en vn solo mayorazgo fundado por estos dos señores, juntamẽte en 30. de Iunio de 1512.y en este caso no nos hallamos en terminos de duda,ni contiene el libelo, ò demanda,cosa que aya menester interpretacion,ni que permita ampliacion,y nos remitimos a lo que està fundado supra n°34

51 Todas las demas ponderaciones que se hazen,desde el *num.* 76. hasta el *nu.*82.inclusiue en terminos de herencia,y peculio, estan excluidas con las que hemos fundado en el articulo antecedente, que hablan in *vniuersitate iuris*, y el mayorazgo est *vniuersitas facti*, con la diferencia que està prouado.

52 Y se deue aduertir,que desde el *num.*75.hasta el *num.*82.inclusiue, se vale don Fernando de Toledo de diuersas alegaciones,y ponderaciones de textos,y dotrinas,para persuadir que basta auer pedido la tenuta del mayorazgo,para que en sola la conclusion, sin nombrar bienes,sino solamente la vacante, se entienda comprehenderse todos los agregados,y acrecentados, como los posseìa el vltimo posseedor al tiempo de su muerte; ya esto està respondido bastantemente con seguridad,y breuedad en nuestra informacion a *num*,38 *vsque ad* 42.y con la distincion que arriba hemos fundado, *vniuersitatis iuris*, & *facti*,y quanto se alega * por la parte contraria,para prouar su intento, son textos, y autoridades que hablan en peticion de herencia, simpliciter nombrada,y de peculio,que son *vniuersitates iuris*,y en estos terminos en la peticion vienen los aumentos,y accessiones coherentes,y vnidos.

53 *Cæterum*,siendo separable, y aumentandose *facto hominis*,procede la diferencia que hemos ajustado en nuestras alegaciones ciertas, y indiuiduales; y en los mismos terminos de juizios vniuersales,està bastantemente prouado, que el actor los puede hazer particulares, restringiendose a ciertos bienes, calidades, y tiempo,como se ha mostrado que lo hizo don Fernando Zapata.

54 *Præterea* la *l.*45.*de Toro*,no puede animar a la parte contraria,a que la aplique a su intento;porque solo dize,que por muerte del vltimo posseedor, passe al sucessor siguiente en grado, la possession ciuil,y natural de las cosas que fueren del mayorazgo que huuiesse vacado,que segun la fundacion del,tuuiere derecho de suceder.

55 Pero lo que don Fernando Zapata pidiò en el Consejo,fuè la tenuta,y declaracion,de que le pertenecia por muerte de don Francisco Zapata Puertocarrero,la sucession del mayorazgo que fundaron los señores Luis Zapata,y doña Maria de Chaues,a esto se limitò el pedimiento,a esta fundacion la prouança por la escritura della,à estos terminos se ajustò la sentencia del Consejo,que expressa, y literalmente, se remitiò a la escritura de 30.de Iunio de 512. y no puede exceder dellos la execucion de la carta executororia: porque ni se litigò sobre otros bienes,ni fundaciones, ni don Luis Zapata fue demandado,oydo,ni vencido, ni el pedimiento,ni la conclusion fueron vniuersales,ni generales, como impropiamente la parte contraria lo refiere.

56 Con esto concurre, que las alegaciones de la parte contraria, fundadas en la herencia,y peculio,para que se pretendan comprehendidos los aumentos solamente,se pueden entender de los intrinsecos que tienen origen precisa,y de-

pen-

pendiente del principal mayorazgo, argum.text.in *l.si plures in fin.ff.arborum furtim cæsarum*, y los que vienen *ex natura rei*, como la parte contraria lo confiessa; pero en el mayorazgo para los agregados, y acrecentados por otras fundaciones, corre diferente razon, que no vienen por naturaleza de la fundacion del primer mayorazgo, y se deuen considerar separadamente. Para lo qual es texto singular la *l.qui fundum 7.§ si fundum, Cornelianum, ff.pro emptore*, ibi: *Respondi partes quæ emptioni fundi adijciuntur propriam, ac separatam conditionem habere: & ideò possessionem quoquè earum separatim nancisci oportere, & longam possessionem earum integrò statuto tempore impleri*, y en nuestros terminos en esta conformidad lo resueluen *Dom.Molin.lib.1.cap.26.num.3.Mieres de maioratib.1.part.q. 10.à num.132.cum seqq.& 3.part.q 8 num. 50. Ioann.Garcia de expens.cap.22.num 4. Peregrin.de fidei commiss.art.10.num. 19.Greg. Lopez in l.2.tit.15.glos.* sino el fijo mayor, *q.16.vers.Sed pone,part.2.Pater Molin.de iustitia,& iure,tom 3.disput. 643.num.1.*ibi: *Ex eo verò satis facile liquet, quoniam eiusmodi bona suam peculiarem, ac separatam habent conditionem, indigentque separata possessionis aprehensione*, D.*Larrea allegat.fiscali 30.num.4.Palacios* Rubios *in repet.rubricæ de donationibus inter vir.& vxor.§.62. num. 16.* ibi: *Quod autem res ad iuncta rei maioratus non sumat illius naturam, est text.in cap.1.§. è contrario, de investitura, de re aliena facta lib. feud.& ibi notat Bald.ad idem cap.* *Dom.Guerra,§ si vassallus in vers.hic finitur lex intellige, quando ex facto hominis fit adiunctio, secùs si natura absque hominis facto, vel ministerio, vt in l.fin.C.de allubionib.Ioann. Baptista Toro in compend. decis.1.part. verb. augmentum feudorum*, y infinitos que refiere, y sigue *Antonio de Amato variar.resolut.tomo 2.resolut.67.num. 55.*

57 Y no tiene sustancia el dezir, que Don Luis Zapata, en la contestacion de la demanda, pidiò que se declarasse, que le pertenecian los agregados, y acrecentados; y que con esta replica parece que quiso deducirlos en este juizio, porque se responde.

58 Lo *primero*, que a este pedimiento no respondiò don Fernando Zapata, con lo qual in iudicialibus tacens consentire censetur, etiam in suiui præiudicialibus, *Tiraquel.ad ll.connuvial.de iure mariti, glos.7.num.37.Surd.decis.47.nu. 9. Barbos. in l.diuortio,§.ob donationes, num. 14.vers.item præmitti,ff.solut.matrim.* adonde junta muchas autoridades, y assi se entiende que en esta parte consintiò don Fernando Zapata, en quanto los agregados, y acrecentados en el pedimiento de don Luis Zapata, por el texto expresso in *cap. non ne de præsumptionib.*ibi: *Duo quipè illata fuerunt ei. vnum negauit, alterum tacendo concessit.* y lo mismo se prueua in *l.1.§.quoties autem*, C. *de relationib.*

59 Lo *segundo*, que en quanto à los acrecentadtos, ni se prosiguiò el juizio, ni se recibiò a prueua, ni huuo sentencia; y assi no se puede dezir que la tuuo en su fauor don Fernando Zapata.

60 Lo *tercero*, q̃ quando fuera omitido, se auia de entender determinado en fauor de dõ Luis Zapata, pues se hallaua posseedor de todos los mayorazgos, y assi en mandarse dar la tenuta de los bienes del mayorazgo de 30. de Iunio de 1512. a don Fernando Zapata, que fue lo que pidio virtualmente se juzgò, que en todo lo demas se le negò, ex ratione textus in *l.si ex testamento, ff.de excep.rei iudicat.* in terminis, *Dom.Valenç.* refiriendo otras autoridades, *cons.86.à num.62.& 64.* ò se ha de entender omitido, y no juzgado, y assi en esta parte no puede auer execucion,

por-

porque no ay sentencia, *Ancharran. cons.* 437. *in fin. Decius cons.* 445. *nu.* 67. *Castill. cōs.* 17. *num.* 10. *&* 11. *Tusch. litt. V. conclus.* 126. *num.* 60. Y para cada vna destas conclusiones (que qualquiera nos basta, para segura defensa) es lugar copiosissimo, y doctissimo el del señor D. *Iuan de Solorçano tom.* 2. *de Indiar. gubernio, lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 33 *cum seqq.*

61 Y para todo lo demas que se replica por la parte cōtraria, nos remitimos a nuestra informacion, *num.* 57. adonde se fundò, que aunque se huuieran pedido los acrecentados, y la sentencia hablara dellos, no auiendose prouado, ni presentado las fundaciones en el discurso del pleito, no puede obrar la sentēcia en ellos, *vt latissimè probat Tusch. litt. S. conclus* 149.

62 Desde el *num.* 88. hasta el *num.* 100. inclusiuè, en la informacion de la parte contraria, se forman varios discursos, que todos se encaminan a suplir, y glosar el pedimiento de don Fernando Zapata, interpretandolo, como ha parecido a los Abogados de don Fernando de Toledo, que deuia auerse intentado; y assi lo reconocieron en la demanda de la segunda tenuta; y en la peticion que don Fernando difunto dio ante el executor; que para comprehender los bienes de otras fundaciones, las expressaron, y presentarō tales quales los traslados dellas, para dezir, que en la sentencia de tenuta se pusieron mas palabras que las que eran necessarias; y la interpretacion que a vno, y otro pretenden dar, està excluyda cō inexpugnable seguridad en nuestra informacion a *num.* 88. y lo que se infiere del inutil cuydado de las alegaciones, y ponderaciones que se hazen, es que muy tarde se han reconocido los defetos, errores, y omissiones con que se procediò en el juizio de tenuta, por don Fernando Zapata; pues ya de lo que pudo ser materia de aquel pleito, no le quedò recurso para intentar esta nouedad; despues de la cōtestacion, prueua, y sentencia. Ni en la execuciō de la carta executoria, ay capacidad para extension, *ex l. terminato, C. de fructib. & litiū expensis*, ibi: *Post absolutum enim & dimissum que iudicium, litem alterā consurgere, ex litis primæ materia nefas est.* Y finalmēte lo que pretende la parte contraria es, que vna demanda clara, cierta (que se refiere a tiempo en fundacion de mayorazgo, cantidad, y calidad de bienes del) aya sido confusa, y incierta; y que la sentencia se entienda que comprehende mas de lo que se litigò, y significan sus palabras, y que la interpretacion, ò extension, se haga en execucion de vna carta executoria; auiendose mandado por la comission que para este efecto se despachò; y por otras dos prouisiones que para executarla se dieron al dicho don Fernando, y por la que se despachò a pedimiento de don Luis, *mem. num.* 172. y por tantas cosas juzgadas, que no se exceda de las palabras della, ni de los bienes expressados en la escritura otorgada por los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues en 30. de Iunio de 512. que es vna pretension intolerable, en que falta la materia, y no puede aprouechar el ingenio

RESPVESTA.

Al tercer articulo de la informacion contraria.

63 Reconoce don Fernando de Toledo, la poca fuerça, y sustancia que tiene

ne todo lo que se pretendiò fundar por su parte en los dos articulos antecedentes en que se tratò de dar a entender auia sido capaz la demãda de tenuta de don Fernando el difunto, y la sentencia que se dio sobre ella, de comprehender mas bienes que los de la fundacion de 30. de Iunio de 1512. Y como esto està desvanecido por tantos medios inuencibles, que se han ponderado por nuestra parte. Por la contraria se intenta aora esforçar su vana defensa en vn dilatado discurso, para fundar que le pertenecen todos los bienes, de que le mandò dar possessiõ el juez executor de la carta executoria. Y para este intento haze en el *nu*. 102. de la informacion, diuision de los generos de bienes, de que se le manda dar la dicha possession.

64 Y no necessitauamos de responder a lo q̃ con tanta digression se funda sobre esto; porque auiendo sido limitada la demanda de tenuta, y la sentencia a los bienes de la fundacion del año de 512. como se ha hecho euidencia en nuestra primera informacion, y en lo que fundamos en los articulos antecedentes, y el Consejo lo tiene reconocido, y determinado assi por tantos autos, y executorias, como se han ponderado, lo que deuia liquidar don Fernãdo de Toledo en este pleito era, que bienes fueron los comprehendidos en la escritura de mayorazgo de 1512. porque de los demas que se huuiessen vinculado por otras fundaciones, y disposiciones, sobre que no huuo pleito, ni hablò la sentencia de tenuta que se ha referido, no se puede tratar en este juizio.

65 En la primera diuision de bienes que se haze en la informacion contraria, *a num*. 102. se pone por primer genero los de la escritura de fundacion de 512. y se pretende comprehender en èl, bienes que no tocan a esta fundacion, valiẽdose para esto de ponderaciones, y alegaciones *in vtiles*, como se comprueua.

66 Lo *primero*, porque en lo que se dize en la dicha informacion, desde el *nu*. 103. hasta el 126. en que se intenta persuadir, que todos los lugares de la Taha del Cehel, que se refieren por menor en el dicho *num*. 103. fueron comprehendidos en la escritura de fundacion del año de 1512. està satisfecho con seguridad, y indiuiduales alegaciones en nuestra primera informacion, desde el *num*. 94. en que se puso a la letra la clausula de la fundacion del año de 512. de los bienes que por ella se vincularon en el Reyno de Granada, de que conociò el executor de la sentencia de tenuta, y se hizo clara demostracion auer sido notorio agrauio mãdar dar possession de otros bienes que no estauan comprehendidos en ella.

67 Y aunque en el *num*. 105. de la informacion contraria, se vale don Fernando, de auerse vinculado en la dicha fundacion la villa de Albuñol, y los lugares de Polopos, Gualchos, Iulucar, Lujar, y Calfas, para dezir que le han de pertenecer tambien sus terminos, huuo notorio excesso en la forma con que se mãdò dar la possession destos lugares por el executor, comprehendiendo en el auto que proueyò, todos los terminos, y heredamientos que tienen los dichos lugares.

68 Lo *vno*, porque en la dicha fundacion no se vincularon terminos algunos dellos, sino solamente se dixo: *De la nuestra villa de Albuñol, è de los nuestros lugares de Polopos, Gualchos, Iolucar, Luxar, y Calfas*: y no porque fuessen dueños dellos los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, se sigue que lo eran de sus terminos, como se fundò en nuestra informacion en el *num*. 96. y 97. y assi se deuiò prouar por don Fernando de Toledo (que no lo ha hecho) que los di-

chos terminos entonces, pertenecian a los fundadores.

69 Lo *otro*, porque quando se huuiesse verificado, que los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues, tenian los terminos de los dichos lugares, era necessario que expressamente se huuiessen vinculado en la fundacion de 512. para q se tuuiessen por bienes della, porque pretendiendo don Fernando, que estos terminos son del dho mayorazgo, tuuo obligaciõ de prouarlo asi por ser fundamẽto de su intencion, ex *l. actor*, C. *de probat.* como porque los bienes no se presumen de mayorazgo, si no libres *ex l. altius*, C. *de seruitutib. & aqua*, *l. cum eo*, C. *cõmunia prædior. D. Molin. lib. 1. cap.* 11. *num.* 11.

70 Lo *otro*, porque quando concedieramos sin perjuizio de la verdad, que los dichos señores auian posseido los lugares con terminos, y que los vincularon en la fundacion de 512. tambien era preciso que se prouasse por parte de don Fernando, que termino tenia cada lugar, y a q se estendian sus limites, y mojones; y no solo no se hizo prouança desto, sino q tampoco se articulò, con que se conuence con quan poca justificacion el juez executor, mandò dar possesion de todos los terminos destos lugares sin distincion alguna, resultando desto los perjuizios, y inconuenientes que se dexan considerar; pues no se puede exceder en dar terminos no verificados, y demas de lo q contuuiesse en los limites que huuiessen tenido en aquel tiempo, en que se supone se vincularon.

71 Y no se puede justificar este excesso, con lo que se dize por parte de don Fernando en el *num.* 144. de su informacion, en que se vale de vna prouança que dize se hizo por don Luis Zapata, hijo del Comendador Francisco Zapata en el año de 1559. para efeto de tomar la possesion, de la jurisdicion, diezmos, &c. de los lugares de la Taha del Zehel, por la qual se quiere dar a entender, se manifestò que estauan todos vinculados, y que se hizo amojonamiento de sus terminos; porque demas de no poder ser de algun perjuizio, al derecho de dõ Luis esta prouança, como despues se ponderarà los testigos della, en quanto a estos cinco lugares, no deponen cosa alguna de los terminos que cada vno tenia, ni por dõ de alindauan, ni aun se articulò, como parece del *mem. num.* 710. *fol.* 151. y solo dixeron que estos lugares con los demas de la Tahà del Cehel, alindauan vnos cõ otros, *mem. num.* 711. hasta 723. *fol.* 151. B.

72 Lo *otro*, porque se manifiesta con mayor euidencia, el arrojamiento cõ que se mandò dar la possesion destos cinco lugares, pues demas de auer incluido injustamente, y sin distincion los terminos dellos, tambien se dixo, se diessen de todas las casas, censos perpetuos, heredades, y demas cosas contenidas en ellos sin repararse, en que ni podia auer motiuo ala menor presumpciõ, de q todo esto fuesse vinculado en la fundacion de 30. de Iunio de 512. constando de los testimonios, y escrituras de los auices, que estàn presentadas, que en los dichos lugares, y sus terminos en el tiempo de la fundaciõ, pertenecian a las Iglesias, y diferentes dueños, muchas casas, y heredades que aora està posseyendo don Luis por diferentes titulos, como se prouò en nuestra primera informacion en el *num.* 99. y tambien està cõprouado, q despues de la dicha fundacion, adquirieron el señor Luis Zapata, y el Comendador su hijo, y don Francisco Zapata, padre de don Luis que litiga, muchas tierras, casas, y heredades y otros bienes raizes en los dichos lugares, y terminos, *mem.* desde el *num.* 75. hasta 83. *fol.* 273. B. con que se haze mas notorio el excesso del executor.

Lo

190

73 Lo segundo, porque menos fundamento tiene lo que se intenta esforçar desde el *num.* 105. de la informacion cōtraria pretēdiendo no solo que se dè la possession a don Fernando Zapata de los terminos, casas, y heredades de los cinco lugares que se han referido contra todo lo que dexamos ponderado, sino que tambien se le aya de dar de los lugares de Torbiscon, Alcaçar, Soruilan, Luuiar, Faraxeni, Bordomarela con todos sus terminos, censos, casas, y heredades, siendo assi, que no se dexaron vinculados tales lugares en la fundacion del año de 512. *Sino solo las alquerias, huertas, casas, y morales, y marxales, que en ellos tenian los fundadores*: y assi se excedio notoriamēte en mandar, dar possessiō de los dichos lugares, terminos, censos, y heredamientos, no auiendo verificado don Fernando Zapata la hazienda que alli tenian al tiempo de la fundacion: y auiendolo hecho en esto solo, pudiera darsele la possession.

74 Lo *tercero*, porque se manifestò mas el agrauio, que se hizo a don Luis Zapata por el auto del executor, auiendo mandado dar possession a don Fernando Zapata de los lugares de Mesira de Cetedel, Fotnon, la Cōtrauiesa, Rubite, Iona, Castil de Ferro, Vargris, el Faz, Vbrite, Gualchos el nueuo, el Voldon, Portuguillos, y Esperarte, con sus terminos, y mas los censos, rentas, y derechos, que pagā los vezinos a don Luis Zapata, porque en la fundacion del año de 512. no se hallara vna palabra, en que se haga mencion destos lugares, ni que nada dellos quedasse vinculado.

meçina de Zetedel

75 Sin que obste lo que se alega en la informacion contraria tan dilatadamente, desde el *num.* 106. de que por auerse dicho en la clausula de la fundacion del año de 512. despues de auerse vinculado los cinco lugares, que se refirieron, *supra num.* 67 con todas las otras alquerias, quedaron tambien por estas palabras vinculados todos los demas lugares.

76 Porque a esta oposicion està bastantemente satisfecho en nuestra primera informacion en el *num.* 97. con los dos siguientes, y no teniamos necessidad de mas alegaciones, y prouanças en fauor de don Luis Zapata, que la misma clausula de la fundacion considerada sin la cautela, con que se pondera en la informaciō contraria, pues para dar la inteligencia, que pretende diuide la clausula en el *num.* 106. y en el *num.* 108. y la emienda en el *num.* 122. siendo assi, que mirado, como se deue todo el contexto de la clausula, se halla expressamente, que los fundadores no vincularon, sino las alquerias, huertas, y casas, marjales, y morales, que tenian en los ocho lugares que expressaron (que los dos dellos Berjar, y Almegixar, siempre han sido, y son de su Magestad) como cōsta de la clausula, *mem. num.* 5. lo qual resiste a quererse persuadir que quedaron vinculados los lugares, *vt diximus in nostra allegat. dict. num.* 97. *in fine.*

+ y de la probança n° 341

77 Y se reconoce la poca sustancia, que contiene la proposicion que en contrario se haze, pues se quiere coadiuvar en el *num.* 109. de la dicha informacion, cō lo mismo que se conuence la ponderacion pues se dize que los fundadores llamaron a los lugares de Alcaçar, y Soruilan, y Bordomaleja alquerias, siēdo assi, que no dixeron, sino que vinculauan las alquerias destos lugares, vt patet, ibi: *Alquerias de Alcaçar, è Soruilan, è lugar de Luuiax, &c.* Y si alqueria, y lugar fuessen lo mismo claro es, que no se vincularan en esta forma, con que se aplican a la pretension de don Luis, todas las alegaciones, que en contrario se escriuen en el dicho *num.* para que se aya de estar al vso de hablar de los fundadores.

En

78 En el *num*.110.se vale don Fernando para probar, que el nombre de alquerias, es lo mismo que lugar del testamento del Comendador, diziendo, que refiriendo los lugares, dixo: *La alqueria que dizen Foruilan*, y que no dize de *Soruilan*, y con lo que se desvanece esto, es con que antes dixo lo contrario el Comendador, *mem.num*.101.*fol*.23.*B*.ibi: *La alqueria de Soruilan*. Y de la misma manera denominò, *num*.64. ò alquerias de otros lugares, desde el *num*.87. hasta el 104. incluyendo tã bien en ellas las alquerias del Berjar, Almegixar, Ferreira, Coxayar, que estos quatro lugares, son, y siempre fueron de su Magestad, *mem num*.341 que todo està manifestando ser cosas distintas, lugares, y alquerias.

79 Preterea, qualquiera alegacion que en contrario se quiera ponderar, queda conuencida bastantemente con las escripturas de los autces, y poderes que el dicho Comendador, y el Arçobispo de Granada dieron para otorgarlas, y con la institucion de beneficios que se hizo en los dichos lugares, que se refirio en el dicho *num*.99. de nuestra informacion, por lo qual consta que nunca se les dio en todas estas escrituras, y instituciones nombre de Alquerias, sino de lugares, y que por ellas mismas se denota la diuersidad, que ay de vna cosa a otra, y ser estos lugares, y no alquerias, y lo mismo se prueua de los apeos judiciales, *mem.numer*. 53. *fol*.16.*B*. y mas claro a fol. 129. desde *num*.546. hasta *num*.698. y de las probanças de don Luis ante el executor, en que depusieron diez y ocho testigos, *memor*. à *num*.357.

80 Y quando faltaran tantas comprouaciones para manifestar el agrauio que hizo el executor del mismo testamento del Comendador Francisco Zapata, de que tanto se vale don Fernando de Toledo en su informacion, gastando muchos numeros desde el 110. y lo repite en otras partes para fundar que por auer sido el primer sucessor, se deue estar a su declaracion, y denominaciõ de los bienes que se vincularon, se descubre mas la ceguedad cõ que procedio el Iuez executor, pues si para mandar dar la possessión, se gouernò por este testamento, no se compadece auer comprehendido en su auto todos los dichos lugares, terminos, y todo lo demas comprehendido en la Taha del Cehel, con auer declarado el mismo Comendador, entre las cosas que dixo eran de los mayorazgos de su padre *las heredades de la alqueria de la Alcarria de Alcaçar, la hazienda de la alqueria de Verja, la haziẽda de la alqueria de Almegixar, las heredades del termino de Fraxenil, la hazienda de Mesina de Tedel de las Alpujarras*; y con estas mismas palabras, va refiriendo otras heredades, que dize se vincularon en otros de los dichos lugares, y en los quatro de su Magestad, y si como dize el Comendador solo eran de mayorazgo las heredades de estos lugares, sin especificar indiuidualmente; porque fundacion, como pudo el Iuez executor mandar dar la possession a don Fernando de los lugares, y terminos que no eran de los fundadores al tiempo de la fundacion de 512. como està probado por las escrituras originales de compras posteriores a la de 30. de Iunio de 512.*mem.fol*.373.*B.num*.75. de diferentes tierras, y casas, y heredades, que aun no alindan, sino vna, ò dos con tierras del fundador, sino de diferẽtes personas, de que se le dio traslado a don Fernando, y las tomò; y por no auer dicho cosa alguna cõtra ellas por don Luis, se le acusò la rebeldia, y se concluyò, *memorial, folio* 273. B. *num*.273.

81 Y destas escrituras se califica con euidencia la justicia de don Luis, porque

por

ellas, se conuence: Lo vno, que es incierta la inteligencia que en contrario se quiere dar, de que el señor Luis Zapata tenia en el año de 512. todos los lugares, y terminos enteramente, como se los manda dar el executor. Lo otro, que aunque el Comendador dixo, que todo quanto tenia en ellos, era de los mayorazgos de su padre, se deue entender precisamente, que no hablò solo de la fundaciõ de 512. sino que quiso declarar los bienes en que auia de suceder su hijo mayor, como parece de la clausula, *mem. fol. 21. num. 65.* & inferius dicetur.

80 Y con lo que sale de toda duda esta materia, sin detenernos en responder à doctrinas, y autoridades, que son buenas para otros casos, es solo con considerar, que si los fundadores huuieran vinculado todos los lugares de la Tahà del Cehel sin distincion alguna, como el executor por su auto, quiso despojar a don Luis dellos, fuera en vano la diuision que hizieron, vinculando los cinco lugares primero, y despues las otras alquerias en los otros 8. lugares referidos *mem. n. 5.* cõ estas palabras: *Que nos tenemos, y posseemos en la Tahà del Cehel, en el lugar de Verja, y en los lugares de Torbiscon, &c.* Sino solo dezir, que vinculauan, tales, y tales lugares cõ sus terminos, ò la Tahà del Cehel, con que comprehendierã todos los inclusos en ella y de no auerse dicho assi, se assegura la justicia de don Luis Zapata, sin competencia de don Fernando.

81 Y como el fundamento della se acredita con la verdad del hecho deste pleito, y no se puede encubrir por ningunas ponderaciones contrarias, el mismo don Fernando Zapata se viene a conuencer con ella misma; pues en el *num.* 113. de su informacion, dize: que los fundadores entonces no tenian MAS QVE LO MATERIAL DE LAS CASAS, TIERRAS, HVERTAS, MARjALES, Y MORALES, y si dize, que los fundadores no tenian al tiempo de la fundacion mas que esto; como quiere por las mismas palabras, que se le dè possesion de todos los lugares, y terminos, y todo el territorio dellos, que es de 22. leguas de circuito seis de largo, y cinco de ancho, como consta del assiẽto con su Magestad, *mem. n.* 708. cõfessando, que solo tenian los fundadores, casas tierras, marjales, &c. partes que podian ser tan pequeñas del todo de cada lugar, que era necessario que huuiesse prouado quales eran?

82 Lo *quarto*, porque aunque reconociendose por parte de don Fernando, que no podia tener entrada su pretension a todos estos lugares, y terminos, y heredades, por la fundacion del año de 512. se dize en su informacion desde el *num.* 119. que està comprouado por la possesion subsiguiente del Comendador Francisco Zapata, por la declaracion de su testamento, de que los goçò en virtud de la dicha fundacion.

83 Esta proposicion es tan incierta en el hecho, como todas las demas de q̃ se haze ponderacion; porque el Comendador no declarò en su testamento, que los bienes que posseìa, y en que auia de suceder su hijo mayor, eran de la fundacion de 512. y antes dixo, que hazia declaracion de los bienes de los mayorazgos de sus padres, y del testamento del señor Luis Zapata, *mem. nu.* 65. ibi: *Iten porque en los mayorazgos que mis padres instituyeron en mi, no se nombran, particularmente mucha parte de los bienes que dexaron en èl,* & inferius. *Por ende declaro, que los bienes que son en el mayorazgo de mis padres, que ha de auer mi hijo mayor*: y despues de auer dicho que se hiziesse inuentario, ibi: *Y que este inuentario, y apeamiento, se guarde en la dicha Capi-*

lla en el arca de las escrituras junto con los mayorazgos, y su testamento

84 Y poniendo en execucion este intento, quando llega a hazer el memorial de los bienes, *mem.num.*425. dize: *Relacion, y memorial de los bienes, que son del mayorazgo, que hizo el señor Licenciado Luis Zapata, del Consejo de su Magestad, para que aya memoria para los tiempos venideros dellos, y no se puedan defraudar a los sucessores, por no auer se especial, y expressamente nombrado en el mayorazgo, y testamento de su merced mucha parte dellos.*

85 Cõ que se comprueua, que la relacion, y memorial q̃ hizo despues el Comẽdador, de los bienes que dixo en su testamento, eran de los mayorazgos de su padre; y los que expressò, y especificò en èl, se compusieron los vnos de la fundaciõ de 512. otros de los que quedaron por muerte del señor Luis Zapata, como se vale de la jaboneria de Frexenal, que la puso el Comendador en la dicha relacion, *mem, num.*434. y en el testamento del dicho señor Luis Zapata, *mem.num.*48. *fol.* 14. se la dexò a Iuan de Chaues su hijo, por bienes de mayorazgo, y lo mismo hizo en otros muchos bienes, y tambien comprehendiò otros, y [redacted] de los que despues èl adquiriò, como cõsta de los bienes que comprehẽdiò en dicho memorial, en Villafranca, Vsagre; y otras partes, y de las escrituras de compras que hizo *mem.n.*513. *cum sequentib.* y assi siẽdo la sentẽcia de tenuta limitada, como muchas vezes se ha repetido a los bienes expressados en la escritura de 30. de Iunio de 512. no puede exceder della la execucion, ni estenderse a otros bienes.

86 Y quando no huuiera declarado el Comendador Francisco Zapata en esta forma, con tanta expresion que los bienes que posseìa, era por diferentes fundaciones, si no que estuuiesse en confuso, porque titulo los entrò a posseer; no por esto se auian de tener por vinculados en la fundacion de 512. para releuar de la prueua a don Fernando Zapata, de que los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, eran dueños dellos al tiempo desta fundacion, que es su principal fundamento, nam ille qui se fundat in tempore illud probare tenetur, *l. cum autem, ff. de negot. gestis, l. matrem,* C. *de probat. l.* 2. *de petit. hæredit. Mascard. de probat. lib.* 3. *conclus.* 1352. *a num.* 1. *& ex doctrina Bald. in l. si hi qui adulterij, C. de adulterijs, & alijs* tenet in terminis, *Mieres de maiorat.* 4. *part. q.* 20. *num.* 85.

87 Y a ningun caso se pueden aplicar mejor estas dotrinas que al presente, pues no solo concurre la regla, de deuerse prouar que los bienes que se pretenden, se posseìan al tiempo de la fundacion, y se vincularon en ella; si no que aunque el Comendador Francisco Zapata, huuiesse tenido la possession dellos por bienes de mayorazgo, no concluye que fuesse por el titulo de la fundacion de 30. de Iunio, auiendo auido despues otras diferentes, y nueuas adquisiciones de bienes por los fundadores, y por el mismo Comendador. *Menoch. consl.* 395. *n.* 47. *&* 74.

88 Lo *quinto*, porque con esto mismo se podia dar respuesta a lo que se alega en el *nu.* 135. de q̃ todos los sucessores en el mayorazgo que fundaron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues, han declarado, y posseìdo los dichos bienes por este titulo, y demas desto se desuanece esta alegacion concluyentemente cõ q̃ quãdo se huuiesse de estar al testamẽto del Comẽdador, ya dexamos fundado *sup. num.* 63. no poder ser de algun perjuizio a don Luis, si no comprobarse por el excesso del executor.

89 Y si a la de don Luis Zapata, hijo del Comendador, abuelo de don Luis

que

que litiga en la compra que hizo de la jurisdicion. Y la prouança que de oficio hizo Christoual Cano, *mem. num.* 711 Està satisfecho con lo que diximos en nuestra informacion, *num.* 102. y 108.

90 Y si se atiende a la peticion de don Francisco Zapata (que en contrario se dize que es declaracion) *mem. nu.* 166. no solo no resulta della, que todos estos bienes eran de la fundacion de 512. si no que antes dize expressamente: *Que todos los q̃ dexò el dicho D. Luis Zapata (su padre) son de los mayorazgos que fundaron el señor Luis Zapata, y el Comendador Francisco Zapata su hijo, cuyo nieto, y sucessor es, y por este titulo se le difiriò, y tiene la possession de los dichos bienes, mem. num.* 166

91 Y si se mira a la peticion de don Luis Zapata, *mem. nu.* 784. de donde en contrario se infiere la confession que se dize hizo, por ella misma se reconoce la poca sustācia que se puede sacar de vna peticion presentada, para vn pleito diferente, sobre vn cortijo en que lo mas que dixo fue, que el dicho cortijo de mas de 100. años a aquella parte, le auian posseido quieta, y pacificamente don Francisco Zapata, y sus antecessores, sucessores q̃ hā sido en la dha su casa, y mayorazgo, q̃ esto no cōcluye que fuesse de los fundadores q̃ hizierō la escritura de 512. en tiēpo de ☞ lla porq̃ esta peticion se presentò en 28. de Iunio de 1623. con q̃ si se atiende a los cien años que se dixo en ella, quedan fuera las dos disposiciones del mayorazgo de 512. y testamēto del año de 522. delos fundadores, demas de excluirse qualquiera inteligencia, auiendo dicho solo que los auian posseido los sucessores en aquel tiempo, sin dezir de possession de los fundadores en el suyo.

92 Con que queda desvanecido lo que se alega en el dicho *num.* 135. y quando faltaran euidencias tan claras, siendo la fundacion de 512. especial, y expressa, y no auiendose comprehendido en ella los bienes que pretende don Fernando Zapata, importara poco que los sucessores huuiessen hecho confessiones, y declaraciones contrarias a ella, *l. cum fidei commissum, ff. de confessis, & cum alijs iuribus, Surd. cons.* 315. *num.* 64. ibi: *Quia cum ex testamēto non insurgat fideicommissum, confessio tā quam veritati repugnans attendi non debet, Socin. Iunior cons.* 112. *nu.* 2. *lib.* 1. *Menoch. cons.* 91. *n.* 39. *& cons.* 191. *num.* 62. *Gutierrez de iuram.* 1. *cap.* 40. *num.* 8. *Monteleg. in prax. lib.* 1. *cap.* 4. *nu.* 168. *cum seqq.*

93 Lo *sexto*, porque las dotrinas que se alegan en contrario, desde el *nu.* 136. para q̃ cōstādo auerse vinculado por la escrira de 512., los lugares, huertas, morales, y demas bienes se ha de presumir ser propios de los fundadores, todos los que se allan en la tacha de Cehel, no necessitauan demas respuesta, que fundarse en vn presupuesto incierto, de que se vincularon en la dicha fundacion; porque vno de los principales fundamentos de D. Luis, es la misma clausula de lo que vincularon los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, a la qual se deue restringir el derecho que puede pretender don Fernando.



94 Demas que no estamos en los terminos en que hablaron los Autores q̃ se alegaron, porque no solo consiste este pleito, en si son bienes libres, ò vinculados ☞ los de que se trata, si no si se vincularon por la escritura de 512. y assi no se infiere, que quando se pudieran presumir que todos estos lugares son vinculados, lo fueron por la dicha escritura que fue limitada, solo a lo que se ha referido, y no puede ser comprehensiua de otros bienes, *ex l. in agris ff. de adquir. rer. domin. l. cancellauerat, ff. de his quę in testam. delent. cum alijs.* Y aū quādo solo se tratasse, de si eran bienes de mayorazgo, no puede proceder la presumpcion que por parte de don Fernando se alega por los fundamētos q̃ en terminos assiēta *Menoch. cons.* 395. *a num.* 4. *&* 24.

Lo

95 Lo *septimo*, porque todo lo que se pretende fundar desde el *num.*137.diziendo, que siempre se han posseido todos estos bienes por el titulo del mayorazgo, que fundaron los señores Luis Zapata, y su muger, por auer tenido la possession dellos con este titulo el Comendador Francisco Zapata, y continuadola con èl don Luis Zapata su hijo, se excluye llanamente con el testamento del señor Luis Zapata, de que se vale don Fernando, pues auiendo referido el dicho señor, que auia hecho mayorazgo, y que le hazia en èl, ibi: *Auemos hecho, y hazemos, mem.fol.*14.B.*num.*49.expressando los bienes, que por el vinculaua, dixo, *mem.fol.* 15.*in princip.dict.num.*49.*Otrosi todos los bienes, raizes, heredamientos, y marjales, y alquerias, y lugares, segun lo tenemos, è posseemos AORA en el Reyno de Granada, ciudad, è tierra, como se contiene en las cartas de compras, è mercedes, è possessiones, que dello tenemos*, de q̃ se verifica que aumentò por esta disposicion muchos bienes en el Reyno de Granada, y otras partes, y tambien se conuence lo que alega don Fernando con constar que el dicho Comendador, y su hijo posseyeron diferentes bienes, por diuersas disposiciones, y titulos de cõpras posteriores a la fundaciõ de 512.*mem.fol.*273.B. *n.*73.hasta 83.y por la transacciõ, q̃ hizo el dicho don Luis Zapata cõ sus hermanos, los quales le cedieron por 5.qs.300U.marauedis de renta que les dio, el derecho que tenian a los lugares, y demas bienes que auia dexado el Comendador su padre, *mem.num.*113.*fol.*24.

97 Y del poder que dio a Alonso Perez Zapata en 18.de Diziembre de 534. *mem.fol.*274.*num.*8.como padre, y legitimo administrador de la Condesa doña Guiomar su hija, para q̃ beneficiasse los lugares possessiones, y heredades, tierras, censos, rentas, y hazienda, que èl, y la dicha Condesa tenian en la Taha del Cehel, y en la villa de Motril, cõ q̃ se manifiesta por tantos medios ser incierto lo que don Fernando afirma.

98 Y la misma incertidumbre tiene en el hecho afirmar en el *n.*138. que los posseedores destos mayorazgos no han hecho inuẽtario, porque del que se hizo por muerte del Comendador por don Luis su hijo, y sus hermanos, consta *mem. fol.*286.*B.num.*115.y don Francisco Zapata, hijo vnico del dicho don Luis, *mem. añadido, num.*327.no tuuo necessidad de hazer inuentario por auer sucedido en todos los bienes, assi de mayorazgo, como libres, y quando se huuiesse dexado de hazer el dicho inuentario, la pena que en este caso puso el Comẽdador en la clausula, en que encargò se hiziesse, *mem.num.*65.que es la misma que se refiere en el dicho *num.*138.de la informacion contraria, solo fue que tuuiesse obligacion el posseedor, que no lo hiziesse, de dar a la fabrica de la Capilla los frutos, que por su disposicion tuuiere el dicho mayorazgo.

99 Demas que siendo tan limitada a ciertos bienes la fundacion de 30.de Iunio de 512.no es capaz de ningun fraude, en los que no se pueden comprehender en ella, quando faltase el inuentario, ni quando lo fuesse, le podia releuar a don Fernando de probar, como tiene obligacion la identidad, y cantidad de los bienes que pretende se comprehendieron en ella, *Hieronym.Gabriel consil.*121.*num.* 53. *lib.*1.*Peregrin.de fidei cõm.art.*44.*n.*25.y refiriendo muchas autoridades *Censalio su Adicionador dict.num.*25.*& in add.ad art.*35.*num.*29.30.*vsque ad* 34.*vers. Et ex his, Marescot.var.resol.lib.*1.*cap.*12.*num.*9.y aunque en este caso algunos Doctores dixeron conformandose con esta conclusion, que bastarian mas ligeras probanças,

y lo

 123

y lo remitieron al arbitrio del juez: esto se entiende solamente de bienes muebles, y frutos estãtes al tiempo de la muerte del difunto, pero en los rayzes, como son los que se pretenden por don Fernando, dize, *Peregrin.dict.art.24.num.25.* estas palabras: *Circa autem immobilia non est locus arbitrio, quia immobilia patent mobilia latent*, y *Fusario*, alegado para esto por la parte contraria *in tract. de substitut.* auiendo dicho en la *quæst.667.num.16.* que no releuaua de la prueua de la identidad de los bienes el no auer hecho inuentario en el *num.17*, aun en terminos de probança de bienes muebles, dixo: *Erit tamen circa hæc parce agendum, ne in ambiguis alicui fiat iniuria*; y aun en esta obligacion de hazer inuentario el grauado de restitucion, resuelue con muchas autoridades en el mismo *num.17.* alegando à *Peregrin. de fideicom. art.3. nu.79. & art.35, num.25.* donde refiere otros muchos que ha de ser, pidiendolo, y requiriendolo el que tiene derecho de suceder en el *fideicomiso*, y lo mismo dize *Marescot. dict. cap.12. num.48.* y hasta oy no a auido requirimiento alguno a posseedor que aya sido destos bienes, y pone otra limitacion *Fusario in dict. quæst. 667. num.18.* muy aplicable al caso presente, que es no poderse oponer al heredero del grauado en el *fideicomiso*, el no auer hecho inuentario en su vida.

100 Lo *octauo*, porque con la misma falicidad se responde a lo que se dize desde el *num.141.* hasta el 144. en que se aplican diuersas doctrinas, para que se aya de presumir, que todos los bienes se posseyeron en virtud de la fundacion de 512. como titulo anterior, y no del testamento de 22. porque en estos bienes no estamos en terminos de presumpciones, siendo expressa, y indiuidual, y con limitacion la fundacion de 512. como se ha dicho.

101 Lo *nono*, porque menos fundamento se puede sacar en fauor de don Fernando de la probança de que se vale desde el *num.144.* hecha de oficio por Christoual Cano para la posseision de la compra de la jurisdicion, diezmos, &c. porq̃ a lo que della se infiere està satisfecho en nuestra primera informacion desde el *num.102.* y deue causar admiracion, que se quiera responder a ello en el *num.147.* con dezir que don Luis Zapata, abuelo de don Luis tuuo necessidad de probar para entrar en la possession de la jurisdicion que todos los lugares los auian posseido sus antepassados, porque se responde con el mismo asiento, que hizo con su Magestad, *mem.num.114.* en que auiendo referido los lugares de que se le daua la jurisdicion &c. solo se puso en el, *que dizen son lugares solariegos del dicho D.Luis*, con las quales palabras se desvanece la proposicion tan sin fundamento de don Fernando, pues la probança de Christoual Cano, era preciso fuesse conforme la relacion, y ajustamiento del asiento, sin necessitar de ningun genero de probança de possession de su padre, ni abuelo.

102 Y a lo que se dize en el *num.149.* de que el cortijo de Calonje por executoria se declarò pertenecer al mayorazgo, sobre que litiga, se satisface, con que demas de no cõstir, que aya auido tal executoria, que don Fernando Zapata, padre de dò Luis no se valio en el pleyto deste cortijo, de q̃ se posseyesse por via de mayorazgo, ni prouò cosa alguna, sino que solo se valio de vnas escrituras de arrendamiento que el auia hecho del cortijo, en particular a Mateo Lopez, en cuyo derecho sucedio Alonso Lopez, con quien se seguia dicho pleyto, y don Luis Zapata que litiga en la peticion, que dizé presentò, tampoco deduxo en el caso, de que le pueda resultar algun perjuyzio, *vt diximus supra num.91.*

103 Y aunque en el *num.*150. y 151. se quiere dar salida a la executoria que ganò Motril, diziendo, que quedaron ilesas las prouanças que se ponderan, se conuence con que en aquel pleyto Motril probò contra lo que auian depuesto los testigos examinados de oficio por Christoual Cano, que Gualchos, y Solucar, en cuyo termino està el dicho cortijo, le pertenecia: y auiendose declarado en su fauor, por sentencias de vista, y reuista del Consejo, y desestimadose las dichas probanças, no puede subsistir semejante ponderacion para efeto de que se aya de tener por de mayorazgo este cortijo, sobre que fue el pleyto, en que don Fernando, y don Luis quedaron vencidos, y los està oy posseyendo la villa de Motril, como es notorio, ni en quanto a otros lugares pudieron quedar aprouadas las dichas probanças, pues el pleyto no fue mas que sobre lo referido.

104 Lo *dezimo*, y con que se assegura lo destituido de fundamento de la pretension de don Fernando, es en lo que alega en el *num.*152. que el Consejo tiene reconocido, que todos los bienes del estado del Cehel, son del mayorazgo de 512. por auer mandado, que los administrase todos, el administrador que se nombrò en la vacante del mayorazgo por muerte de don Francisco Zapata.

105 Porque esto se excluye aduirtiendo. Lo *primero*, que los autos del sequestro fueron, para que se administrasen los bienes, sobre que era el pleyto, *mem. num.* f°18 que eran los de la fundacion presentada de 512. Lo *segũdo*, que los otros autos que despues se dieron en 9. de Iunio de 637. de que se vale don Fernando, fueron sin perjuyzio del derecho de las partes, *mem. num.* 825. y el auerse dicho en estos autos, que se administrasen todos los bienes, fue por auer representado el administrador, que oya fuessen de mayorazgo, ò bienes libres los deuia administrar para pagar a los creedores de don Francisco Zapata por estarle cometido por el Consejo el hazerles pago de bienes libres, y de mayorazgo, como parece de la carta que escriuio al Consejo, remitiendo desto testimonios, *mem. num.* 812. 813. y 815.

106 Lo *tercero*, que todo esto vino a quedar declarado con la limitacion de la sentencia de tenuta, que despues se dio a solo los bienes de la escrirura de fundacion de 512. dotha, en cuya conformidad se han despachado tantas executorias en fauor de don Luis en contraditorio juyzio con don Fernando, de que antes se ha hecho ponderacion.

107 Y a lo que vltimamente se alega en el *num.* 154. de que no consta que ningunas tierras en la Taha del Cehel, perteneciessen al señor Luis Zapata por titulos de compras, despues de la fundacion de 512. se satisface, con las presentadas por parte de don Luis, *mem. añadido, fol.* 273. *B. num.* 74. Y es de notar que todas las ponderaciones, que en contrario se hazen son desta calidad fundadas en presupuestos inciertos en el hecho.

108 Y la misma incertidumbre contiene dezir, que don Luis Zapata en la declaracion que hizo, *mem. num.* 779. dixo no tenia mas titulos que los que constaua por el pleyto, porque antes declarò que auia otros, como los ay de compras posteriores a la fundacion de 512. con que queda conuencido no tener derecho alguno don Fernando en los lugares, y bienes del Cehel, mas que los cinco sin terminos comprehendidos en la fundacion de 512. en los quales don Luis tiene casas, y bienes, auices, como consta de los apeos, y escrituras, y aun en estos no se le

pue-

puede dar mas que el suelo dellos, porque despues de auerse vinculado, se quemaron, y despoblaron todos los lugares de la Taha del Cehel por el rebelion que huuo sin quedar casa, ni cosa alguna, y las que oy ay, son redificadas por don Francisco Zapata, y don Luis, y las personas a quien dio a censo solares nueuos, quando poblò los dichos lugares, *vt diximus in nostra allegat. num.* 96. y se verifica concluyentemente por las probanças de don Luis con mas de 15. testigos, *mem. à num.* 381. *vsque ad* 385. y del testimonio de la poblacion, q̃ està presentado, *mem. n.* 385. y en los otros ocho lugares, de que se hizo mencion en la fundacion, no tiene ningun derecho don Fernando, porque el que podia pretender, era a las heredades, y alquerias, que tenian los fundadores en ellos, y por su parte no se ha articulado, ni probado quales fuessen, como se requiere, para que se le mandase dar la possession de lo que le pertenece.

109 Y no solo consiste el excesso del executor en auersele mãdado dar de los bienes, en que por su parte no se hizo probança, ni liquidacion alguna, sino que antes constaua pertenecer a don Luis por diferentes titulos, y adquisiciones, y las probanças tan concluyentes, que desto hizo, *mem. num.* 368. 373. 387. 388. 390. 398. y 402. constando aun por los testigos de don Fernando, que don Luis estaua posseyendo estos bienes, *mem. nu.* 321. y que en el lugar de Verja, tiene algunas hazas, *mem. num.* 325.

110 Y vltimamente llegò el excesso, y ceguedad a tanto, con que el executor ha procedido en esta causa atropellando tan injustamente por tantas cosas, que en hecho, y derecho resisten a su determinacion, q̃ no solo no se contentò cõ mãdar despojar a dõ Luis de todos los dichos lugares, y bienes, en cuya possessiõ siempre ha estado, como lo deponen infinitos testigos de la porbança que hizo ante el dicho juez, *mem. à num.* 328. hasta el 372. sino que tambien mandò dar possessiõ del lugar de Ferreira a D. Fernãdo, q̃ siẽpre ha sido, y es de su Mag. tomãdo por motiuo auer dicho el Comendador en su testamento, que el mayorazgo de su padre tenia bienes en este lugar, que todo està manifestando, que assi en lo general, como en lo particular de los bienes propios de don Luis, y de su padre, y abuelo, y visabuelo le hizo notoria injusticia.

RESPVESTA.

En quanto al derecho de cortar leña.

111 Desde el *num.* 155. hasta el 158. se intenta persuadir, que este derecho pertenece a don Fernando por el presupuesto incierto que se haze, de que le toca el dominio de las tierras del estado del Cehel; y para esto se refieren muchas doctrinas vulgares, para que el posseedor del mayorazgo goze deste aprouechamiento, y se dize, que no se comprehendio en la compra de la jurisdicion.

112 A que se satisface facilmẽte, q̃ en esta caso estamos fuera de toda duda, porque el dicho derecho de cortar leña, se comprehendio indiuidualmente en la com-

compra de la dicha jurisdicion, por clausula expressa, *mem. num.* 706. *fol.* 150. que se puede ver a la letra, cuyo acto de conceder licencia, para talar los montes, y goçar de los demas aprouechamientos es jurisdicional, que sin particular licencia de su Magestad, ni aun los Concejos la pueden dar, *l.* 15. *tit.* 7. *lib.* 7. *Recop. Acebed. in d. l.* 11. *tit.* 7. *lib.* 7. *num.* 5. *Abend. de exequend. mand. lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 24. *Bobadill. in politic. lib.* 2. *cap.* 16. *nu.* 153. *Rodriguez de ann. reddit. lib.* 1. *num.* 67. *quæst.* 14. plures refert *Otero de iur. pasc. cap.* 11. *num.* 8. & 9.

113 Y los señores en sus tierras, y posseedores de mayorazgos, lo mas que se les permite, es roçar el monte para su gasto, que es lo que dixo el señor *Molin. lib.* 1. *cap.* 22. *a num.* 1. alegado para esto en la informacion contraria, mas no el conceder licencias a vezinos de otros lugares, y jurisdiciones; porque esto mira a lo jurisdicional del penar, y castigar a los que sin ellas contrauinieren a las ordenanças de los pueblos, y a las leyes del Reyno: y en esta forma lo tiene aueriguado cō mucho numero de testigos don Luis, *mem. n.* 345. *vsque ad* 355. con los exemplares de todos los señores de jurisdiciones circunvezinos, sin que ni por alegacion, prouāça, ni otro titulo, se aya mostrado por don Fernando, por dōde pretende introducirse en este derecho, ni que pertenezca al mayorazgo del año de 512. ni menos al mayorazgo, sin dependencia del titulo de la jurisdicion.

114 Y por ser tan claro el derecho de don Luis, en esto de cortar leña, la Chācilleria declarò que excedia el executor, en mandar dar possession del a don Fernando, *mem. nu.* 211. *fol.* 41. y assi don Luis se quedò en la possession que tenia, *mem.* añadido *fol.* 267. *B. num.* 42. y antes avia tanbien declarado, no poder el adm.r de la thenuta a Vendar este derecho por la contradicion que hiço Don Luis a la provision que para ello pretendia mem. n.

RESPVESTA.

A lo que se alega de los censos que se pagan en los lugares del Estado del Cehel.

115 Aunque en el *num.* 158. de la informacion contraria, se dize, que don Luis no ha hecho contradicion alguna, en quanto a estos censos, en el juizio dela liquidacion, ni ante el juez de comissiō. En esto se recibe error, porq̄ siempre ha insistido dō Luis en que le pertenecen a èl, todos los bienes no comprehendidos en la fundacion de 30. de Iunio de 512. y expressando los dichos censos en muchas peticiones, deduciendolo primero ante el juez, y afirmandose en lo mismo en el Consejo, hasta auer conseguido en el en contraditorio juizio con don Fernando, que se le desembargassen los dichos censos, por no constar pertenecer a la dha fundaciō de 512. y en virtud desto se despacharō executorias del Cōsejo, y prouisiones, cometidas a don Iuan de Villalua, el qual los desembargò, y mandò que don Antonio, boluiesse, y restituyesse lo cobrado dellos: Y en execucion dellas, los està posseyendo don Luis, *mem. num.* 745. *fol.* 172. B. Y boluiēdo don Fernando a insistir, sobre que no se auian de desembargar por autos de vista, y revista, se mandaron repeler las peticiones, *mem. num.* 748. *fol.* 173.

116 Y reconociendo D. Fernando ser cierto, que los censos no se comprehēdieron en la fundacion de 512. como lo confiessa en el *num.* 160. de su informacion, se vale de otro medio bien inutil, diziendo que por las treinta y seis escri-

turas

turas de los dichos censos que se han exibido en este pleito, consta que don Luis Zapata abuelo del que oy litiga, y don Francisco Zapata su hijo, quando poblaron los lugares de la Tahà de Cehel, dieron casas, y suertes de tierras a diferentes personas, con cargo de pagar, tributos, y censos a los sucessores en el Estado, y mayorazgo de la Tahà del Cehel; y con esta simple asseicion, se contentā los Abogados contrarios, para querer que se quiten a don Luis los censos que legitimamente le pertenecen.

117 Y no temos necessidad de dilatarnos en dar mas respuesta a esta vana pretension, que no constar en todo el pleito por ningunas escrituras, ni prouanças, que estos censos perpetuos, y dados sin facultad, pertenezcan, y se ayan impuesto sobre bienes de la fundacion de 30. de Iunio, ni sobre esto se ha litigado, *mem. nu.* 745. *fol.* 172. B. y en la primera adicion *fol.* 7. y antes consta lo contrario de las mismas escrituras de los censos, pues demas de que en algunos dellos estan inclusos, y mezclados los bienes auices, como consta del testimonio que aora vltimamente ha presentado D. Fernando, y otros que tocan a don Luis por diferētes escrituras, vt dicetur inferius, ni en las dichas escrituras se hizo mencion de la dicha fundacion, ni porque se dixesse que se auian de pagar a los señores del Estado, y mayorazgo del Cehel, se sigue que ayan de ser para los que sucedieren en la dicha fundacion de 30. de Iunio, pues el dominio del Estado del Cehel, solo se ha tenido despues de auer adquirido don Luis Zapata, abuelo de don Luis, la jurisdicion, diezmos, y alcaualas del, y lo demas perteneciente a su Mageſtad; y en quanto al suelo del dicho Estado, ha pertenecido a los sucessores del, por diuersos titulos, y fundaciones, y compras de tierras posteriores, vt diximus *sup. n.*

118 Y se reconoce la poca sustancia de la pretension de don Fernando, pues se vale en el dicho *num.* 160. & 162. de las declaraciones de don Luis, *mem. nu.* 777. & 780. a las quales, y a otras que tiene hehas, *mem. nu.* 559 en que dize declaracion en 20. de Agosto de 1650. a *fol.* 230. nos remitimos para conuencimiento del intento de don Fernando, y tābien queda satisfecho *sup. nu.* lo ~~[struck]~~ 36 y 108 de las declaraciones del Comendador Francisco Zapata, y la prouança del año de 1559. ~~que~~ se pondera en el *num.* 163.

116 Y en quanto a lo que se dize en el *num.* 163. que don Fernando Zapata difunto, cobrò en el tiempo que viuiò, lo procedido de dichos censos, es totalmente incierto en el hecho del pleito, pues en todo el no se hallarà que tomasse possession de bienes algunos del dicho mayorazgo de 512. como el mismo lo confessò, y declarò cō juramēto, *mem. n.* 16 en la primera adicion, *fol.* 16. y quādo la huuiesse tomado, la huuiera perdido, y transferido en don Luis, por auerla negado por esta declaracion, *ex textu expresso in l. fin. ff. de rei vendicat. l.* 3. *tit.* 3. *part.* 3. *exornat latè Ceuallos comm. contra comm. q.* 128. *per tot.*

120 Y no puede ser de algun fundamento, el auto de la Chancilleria, de que se vale don Fernando en el *num.* 166. porque demas de no poderse poner en consideracion, con los nueuos autos del Consejo a fauor de don Luis, auiendose declarado por el mismo auto de la Chancilleria, que excedia el juez executor, en los bienes auices, estando, como estan estos bienes inclusos en los dichos censos, vt diximus supr. expresamente vino a declarar en fauor de don Luis en ellos.

121 Y indignamente se alega por parte de don Fernando, para conclusion de

sus

sus fundamentos en el *num.*167.que vendrà aquedar invtil, y sin comodidad la fundacion de 512. si no se la aplican a ella los cẽsos; siendo assi que esto no ha de ser causa para que a don Luis se le quite lo que es suyo, y que a don Fernando se le dè lo que no le pertenece por la dicha fundacion; en cuyos bienes solo ha sucedido, en los quales siempre don Luis se ha allanado que entre a posseerlos, prouando quales, y quantos son.

RESPVESTA.

En quanto a los bienes de Motril.

121 Desde el *nu.*168. hasta el 174. se pretende fundar don Fernando en la interpretacion que quiere dar a la clausula de la fundacion de 1512. para que le pertenezcan diferentes haças de marjales de caña dulce, en el termino de la villa de Motril; con el horno de la puerta de Granada, de que paga censo Fernan Ruiz Serrano, y de vn solar, y censo que por razon del pagan los herederos de Mateo Gallegos, y de otro censo que pagan los herederos de Christoual Palomino.

122 Y el desengaño desta pretension, tiene don Fernando en la misma clausula, pues solamente se vinculò en ella la huerta de la villa de Motril; y es biẽ ageno de fundamento, querer dar a entender, que por auer dicho los fundadores: *Con la huerta de la villa de Motril, e la aduana, tenerias, è tierras, è otros heredamientos de pan lleuar, q̃ nosotros tenemos, è posseemos, è nos pertenecen, è pueden pertenecer assi por mercedes, como por compras, ò en otra qualquier manera en el Reyno de Granada, mem.num.*5. Se aya de entender que se vincularon las dichas hazas de marjales de caña dulce, y censos; porque estas palabras solo se refieren a las tierras de pan lleuar, y heredamientos que los fundadores tenian en el Reyno de Granada, como se colige claramẽte de todo el contexto de la clausula, y quãdo no estuuiera tan clara, como esta, bastaua el auerse dicho, *el aduana è tenerias, &c.* Despues de auer vinculado la huerta, para q̃ se aya de tener por cosa diuersa de lo cõprehendido en la villa de Motril, porque aquella dicion *E.* suoponit diuersitatẽ rerum, *vt in rub.* C. *de sentent. & inter locut. & in rub. inst. de vsucap. & long.temp. præscript.* Cened.*sing.*50.*num.*4.&5.*Barb. de dictionib.ead.dict.num.*14.

123 Y en quanto a lo que se dize, que por parte de don Luis està confessando, que se vincularon las tenerias, y tierras que auia en la villa de Motril, no desto se puede induzir prouança en fauor de don Fernando, para las hazas, marjales de cañas dulces, y censos, y horno que pretende, y siendo la clausula tan clara, q̃ por ella no se vinculò mas de vna huerta, ninguna confession podia ser de perjuizio a la verdad que resulta del instrumento, en que se funda don Fernando, per plura iura quæ adduxim.*sup.num.*92

124 Y para lo que se alega en el *num.*174. y 175. que el Comendador Francisco Zapata, declarò en su testamento, que las haças, y censos, y demas cosas que pretende don Fernando, eran del mayorazgo del señor Luis Zapata su padre nos remitimos a lo que dexamos dicho, *sup.nu.*83 en q̃ se fundò, que esta declaraciõ no se puede referir solo a la fundacion de 512.

125 Con la misma facilidad se responde a lo que se dize, *nu.*176. que el Comẽdador confessò que no auia comprado, ni añadido bienes algunos, en los lugares,

 126

y terminos que auia nombrado, y se refiere para esto al *nu.*107.del *mem.* y del mismo se vee que no lo dize, como parece de aquellas palabras, ibi: *E yo para claridad dello, declarò que qualquiera hazienda que yo tengo en los lugares, y alquerias, y terminos de suso nombrados, y otros lugares qualesquiera de las Alpujarras, son del dicho mayorazgo, y encargo la conciencia al dicho sucessor, que lo haga inuentariar, porque quede memoria de todo ello y no se pueda perder*, y en estas palabras no dize, que no ha comprado, ni adquirido bienes en la villa de Motril, ni lo pudiera dezir porque consta lo contrario: aun por los mismos testigos presentados por don Fernando, *mem.num.*78. que *dos* dize, que las hazas de cañas dulces, son conjuntas al mayorazgo, y otros dos que son agregadas a el: y por el poder que el dicho Comendador por si mismo, y como padre, y legitimo administrador de la persona, y bienes de doña Guiomar Carrillo dio para administrar los bienes que èl, y ella tenian en los lugares del Cehel y la villa de Motril, vt diximus *sup. num.*197

126 En el *num.*177. se vale don Fernando, de la prouança que hizo don Fernando Zapata el difunto, y por ella misma se reconoce ser antes contraria a lo que pretende.

127 Porq̃ de los ocho testigos de que se compone, que son los mismos de q̃ se hizo relacion, *mem.num.*307. y se ponen a la letra, *mem. numer.*789. Los tres no concluyen en cosa alguna relebante, como de sus deposiciones se reconoce, ni dizen que las haças de cañas dulces, fuessen del señor Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, ni del mayorazgo que fundaron en 30. de Iunio, y solo dizẽ q̃ pertenece a los señores del mayorazgo del Estado del Cehel (y señores deste Estado, solo lo hã sido dõ Luis Zapata dõ Frãcisco Zapata, y dõ Luis q̃ litiga, ni cõte stã en las hazas, ni marjales que refieren, y aun lo que deponen (que es de tan poca sustancia) es de oìdas, y ninguno desde que tiempo se han posseìdo, solo Benito de Quesada, que dize es de edad de 40. años, y que tiene noticia demas de 34. años, y Francisco Gonçalez Mercado, *mem.num.*794. de 40. años de noticia. Y estas deposiciones hazen en el año de 639. que son 127. años despues de la fundacion.

128 Y por estos testigos no se prueua q̃ se vinculassen haças de cañas dulces, por la fundacion de 512 ni aun se articulò en la pregunta, *mem.num.*788.

129 Y sebastian del Castillo, *mem.n.*790. dixo, que oyò dezir, que en el mayorazgo que fundaron los señores Luis Zapata, y D. Maria de Chaues su muger, de la Tahà, y Estado del Cehel, auian tenido los antecessores del dicho Estado, algunas hazas de cañas dulces, que refiere por menor, se conuence con su misma deposicion; pues los dichos señores, no hizieron mayorazgo del Estado, ni Tahà del Cehel, sino de algunos bienes en ella, y tambien porque dize, que las tierras en que estauan las haças eran huertas, y las señala, y nombra distintas, y por la fundacion de 512. consta que solo se vinculò vna huerta en la dicha villa de Motril, *mem.num.*5

130 Y Iuan Lope de Soto, *mem.nu.*793. dize: Que en quanto a las tierras que tiene juntas al dicho mayorazgo, es vna haça de cañas, y otras.

131 Y Francisco Gonçalez de Mercado, *mem.num.*794. dize: Que en el mayorazgo que fundaron de la Tahà, y Estado del Cehel, y otros bienes que tiene

en el dicho mayorazgo,son anexos,y juntos a el vnas hazas,que estan en el termino de la dicha villa de Motril,que son dos haças,y dize otras.

132 Y Miguel Ramirez,dize: Que el mayorazgo de la Tahà, y Estado del Cehel,y los señores q̃ han sido del,como son don Francisco Zapata, y don Luis, han tenido siempre en la dicha villa agregadas al dicho mayorazgo vna haça, y prosigue en otras,*mem.num.* 795.

133 Y Fernando Zarçuela, *mem.nu.*796 dize: Que las haças que estan agregadas al mayorazgo del Estado del Cehel,que estan en el termino de dicha villa,que son del dicho mayorazgo, es vna de Iuan Pedro de Murada que labra el susodicho,y refiera algunas.

134 Y destos quatro testigos vltimos,presentados por don Fernando el difunto,y que don Fernando que oy litiga ha reproducido en su fauor,resulta la prouança mas concluyente contra el,que las haças de cañas dulces, que pretende no fueron del mayorazgo de 512.

135 Y quando no fuera mas de vn solo testigo,se le deuia dar entera fee contra producentem, etiam si deponeret de credulitate,*Roman.cons.*104.*num.*6.*Crauet. cons.*201.*nu.*7.*Ant.Gabriel lib.*1.*commun. opin.tit.de testibus concl.*1.*nu.* 14.& 15.y otros muchos:y quando esta conclusion tuuiera alguna dificultad en terminos de la deposiciō de vn solo testigo,no la pudiera tener auiendo dos,ò mas,como en este caso los ay:y mucho mas procede indubitablemente,quando despues de saber lo que contienen sus deposiciones la parte a quien pueden prejudicar, las reproduce,y se quiere valer dellas,que en este caso corre la misma consideracion que si presentara vn instrumento,que no le puede impugnar,y assi se infiere de la razon de la *l.*41.*tit.*16.*part.*3.lo qual procediera,aunque la parte dixera que lo reproducia en lo que era en su fauor,y no en mas,porque adhuc,le prejudicara,*glos.singularis in l.*1.§.1.*verb.dic,ff.de edend.* y muchas autoridades que refiere,y sigue *Parlad. lib.*2.*rer.quotid.cap.fin* 1.*part.*§.5.*num.*21.y es conclusion comun; y aun en nuestro caso no la auemos menester,porque llanamente,y sin limitacion,ni protesta,don Fernando se valiò destas deposiciones, y no tiene otra prouança, ni fundamento para pretender estos bienes.

136 Præterea la pregunta,*num.*788.*fol.*192.a que respondieron estos testigos supone que el señor Licenciado Luis Zapata,y doña Maria de Chaues su muger fundarō mayorazgo de la Tahà,y estado del Cehel. Y este supuesto es errado, y se conuence de la misma escritura de fundacion de mayorazgo,y de todo el discurso del hecho;porque en la escritura de fundacion no se haze mencion de Tahà,ni de estado del Cehel;y siēdo incierto el presupuesto,es preciso que lo consecutiuo lo sea,*bona glos.in l.mancipia,verbo aduocand.C.de seru.fug.exornat D.Valēç. cons.*22.*num.*49.& *cons.*93.*num.*18.y los testigos tomaron por presupuesto la pregunta,y su certeça,y dixeron ya de oidas, ya afirmando lo que se ha referido, de que se infiere la poca estimacion que se puede hazer de los testigos que deponen especialmente en hechos antiguos,è intricados, y tan confusos, como los de la comprehension de bienes en vn mayorazgo,en que facilmente se engañan, atribuyendolos al que entienden,que es principal,ò mas antiguo, como se ve en todas las casas,estados,y mayorazgos,que aunque se componen de diferentes bienes agregados son capaces deste error,y se recurre siempre a los titulos, y escri-

curas, y por ellas se regulan la calidad, y la cantidad quantos, y quales son los que pertenecen a este, ò à aquel sobre que pudieramos juntar muchos exemplos, pues no ay casa grande, ni mediana en España, que no se componga de muchos mayorazgos de diuersas fundaciones, que cada qual se conserua, y no se confunde con el nombre de lo que se dize, que es cabeça, como se verifica en el estado de Cifuentes, que siempre se llamò el estado de Cifuentes, y tratandose de la sucession dèl, fue tan limitado lo que pertenecia à Cifuētes, que se reduxo a poco mas que la villa, y a tres mil, y menos ducados de renta, y el Duque de Pastrana se lleuò todos los demas, y lo mismo se vio en Osorno, y otros pleytos, y todas las vezes que de los hechos deue constar por escrituras, y es necessario que precedā, y se muestran, como son las de los mayorazgos no se atiende a lo que dizen los testigos, y assi los que deponen en esta segunda pregunta, tomando por assumpto lo que en ella se articula, siendo incierto quando llegan a especificar bienes, y los arrendamientos, que dellos se hazian se remiten a las escrituras.

137 Y assi don Luis no articulò, ni deuio articular la negatiua de que no se incluyan mas bienes en el dicho mayorazgo, porque fuera sospechosa, como lo es qualquier negatiua, sino se prueua por escrituras, que esta se deue reducir, y estrechar a lo que contiene, y no mas, *Pacian. de probat. lib. 1. cap. 16. num.* 10 y don Fernando a quien tocaua probar los bienes comprehendidos en el dicho mayorazgo no cumpliera quando no le obstara la misma escritura, sino es probando claramente los que se comprehendian debaxo de algun genero expressado en la misma escritura de fundacion, *quia dubia porbatio non releuat probantem, cap. in præsentia, de probat.* nec dicatur, que en la dicha escritura se haze mēcion *de heredamientos, y tierras de pan lleuar del Reyno de Granada*, porque en el nombre *heredamientos, y tierras de pan lleuar*, no se verifica lo q̃ se pretende que es hazas de cañas dulces, y huertas, que se confirma con la distincion, que el fundador hizo dando a la huerta, nombre de huerta, y a los heredamientos, y tierras de pan lleuar el nombre que les cōuiene, diziendo, que los heradamientos, y tierras de pan lleuar estauan, en el Reyno de Granada, y la huerta en Motril, y esta discrecion, excluye todo lo que alias se podia comprehender en la generalidad, *l. cum in testamento* 37. §. *qui tres filios, ff. de hered. instit. quē sic, summat Bart. indefinita non comprehendit eum, de quo specialiter est prouisum*, nam quando de pluribus discretiuè disponitur, numquam includitur vnum sub altero, *Bald. in l. in multis, ff. de stat. homin. num.* 4.

138 Y es ageno de fundamento lo que se alega en el *num.* 178. que se deue presumir que son bienes del mayorazgo de 512. no auiendo presentado don Luis titulo por donde lo possea, porque auiendose limitado la dicha fundacion a vna huerta, no se pueda entender que comprehendio otras huertas, censos, y cosas diuersas.

139 Demas que don Luis no tiene obligacion de mostrar titulo, y le basta estar en la possesion que ha tenido, y actualmente tiene, *mem. num.* 751. aunque se pretendiera que era injusta por la *ley fin. C. de rei vindicat.* demas de estar corroborada, y acreditada con las executorias del Consejo, y don Fernando que pretende inquietarle en ella ha de mostrar titulo claro, y probança concluyente, de que fueron vinculados por la escritura de 30. de Iunio, *vt ex l. actor, C. de probat. tenet Cranet. cons.* 61. *num.* 6. *Menoch. cons.* 395. donde tratando de otro caso muy semejante a

este, concluye en el *num.* 19. ibi: *Postremo quia D. Comes est possessor pro quo in dubio, est pronunciandum, vt tradunt Doct. in l. fabor abiliores, de regul. iur. & in consil.* 1111. *num.* 16. *lib.* 2. *Peregrin. cons.* 48 *lib.* 1. *& in tract. de fideicom. art.* 44. *à num.* 1. *Magon. decis. Florentin.* 10. *num.* 6. *& decis.* 37. *à num.* 1. *Mascard. de probat. conclus.* 777. *per tot. cum alijs.*

140 Y quando concedieramos a don Fernando todo lo q̃ pretende, scilicet, que se vincularon tierras por aquella fundacion en termino de Motril, que es lo que dize en el *num.* 173. de su informacion, no se pudiera entender, que en la palabra tierras, se comprehendian marjales de cañas dulces, siendo bienes tan preciosos, y estimables, y pues no los expressaron con esta calidad lo que se deue presumir, y creer, es, que no tenian marjales de cañas dulces al tiempo de la dicha fundacion, ni al del otorgamiento del testamento del señor Luis Zapata, pues no haze mencion de tales bienes, y esfuerçase mas aduirtiendo, que en la fundacion, *mem. nu.* 5. dizen los dichos señores que fundan el dicho mayorazgo en los bienes que alli se expressan, nombrando casas, y morales, e marjales que tenian, y posseian en la Taha del Cehel, y mas abajo con la huuerta de la villa de Motril, y si alli tuuierã marjales, y quisieran que fueran de mayorazgo los huuieran expressado, como lo hizieron en los de la Taha del Cehel,

141 Y en quanto a que el administrador de la primera tenuta, administrase estos bienes, queda respondido no ser de sustancia, y argumento que se quiere inferir desta administracion, con lo que tenemos dicho, *supr. num.* 105 y lo demas que se dize en el *num.* 179. que don Fernando difunto hizo arrendamiento de todas las hazas de Motril por algunos años a don Iuan Franchis, y que cobrò algunas cantidades del, no se comprueua mas que con dezirlo, y se opone al verdadero hecho, porque el dicho don Fernando Zapata nunca entrò a posseer bienes algunos como consta en el pleyto de su declaracion, *mem. fol.* 16. ni el, ni sus herederos cobraron cosa alguna, aunque don Antonio Vazquez administrador para introducirse a cobrar desde el dia de la muerte de don Fernando, lo que no le tocaua dixo dexaua la prorrata a sus herederos, que nunca lo han pedido, como del pleyto consta, y por reconocer don Iuan Franchis, que no era parte don Fernando para hazerle arrendamiento, acudio a don Gaspar Daponte, administrador que entonces era (aunque sin titulo legitimo para administrar estos bienes) para que le hiziesse nueuo arrendamiento, y assi se confiessa en el *num.* 179. de la informacion contraria. Y en quanto a lo que se dize en este numero, que administrò el dicho don Gaspar estos bienes, està respondido *supra num.* 105

142 Y es bien denotar q̃ se valga don Fernando de la administracion q̃ se dio a Antonio Vazquez, limitada solo a los bienes de la fundacion de 512. sin reparar que por auer insistido don Luis en que no podia introducirse a administrar los bienes de la villa de Motril, ganò executorias en contraditorio juyzio con don Fernando, para que se le desembargasen estos, y todos los q̃ no estuuiessen cõprehendidos en la dicha fundacion, en cuya execucion los desembargò don Iuan de Villalua, *mem. num.* 751. *fol.* 174. y 175. se le dio la possession a don Luis, *mem. num.* 754. y don Fernando no hizo contradicion, aunque se le dio traslado, ni podia hazerla, estando vencido por dichas executorias.

Y

143 Y a lo que se alega en el *num.*180 de la carta de pago que se dize dio D. Luis Zapata a don Iuan de Franquis, de mas de ser simple, y no estàr reconocida, no se puede inducir de todas las palabras della, el menor fundamento, y ponderacion.

144 Y se podian auer escusado respuestas tan concluyentes, a pretension tan vana, remitiendonos solo a que està desestimada por tantas executorias en contraditorio juizio.

RESPVESTA.

A lo que se alega de las casas principales de Llerena, y bienes subrrogados en lugares dellas.

145 Desde el *num.*182. se intenta fundar, que todos estos bienes pertenecen a don Fernando, por dezir que se compraron con los doze mil ducados, en que don Francisco Zapata, padre de don Luis, vendiò a la Inquisicion de la ciudad de Llerena las casas principales que tenia en ella.

146 Y auerse aora introducido pẽdiẽte este pleito en el Cõsejo, y despues de visto, *mem.n.*2. en la adicion fol. sin auerse en ningun tiẽpo deducido, ni por don Fernando Zapata el difunto, en el primer pleito de tenuta, *mem.num.*592. ni en el pedimiento que hizo ante el juez executor (estando estos bienes en Granada, y auiendo conocido de todos los demas de aquel Reyno) en que solo expressò los bienes subrogados por el Comendador, y dõ Luis Zapata su hijo, *mem. num.*173. y auiendo don Fernando que litiga en la segunda tenuta, intentadolo en la misma forma, *mem.num.*733.

147 Y el Consejo por autos de vista, y reuista, declarado no tocar el conocimiẽto dellos a aquel juizio, vt diximus, sup. *num.* 5 pretender aora los dichos bienes, por dezir se subrogaron por don Francisco Zapata en lugar de las dhas casas, està manifestando la poca justificacion que tiene, *ex l. siquis fortè, ff. de pœnis*, ibi: *Nec enim debebat tam magnam rem tandiu reticere*: Y siendo asi, que en la sentencia de tenuta, no està esto comprehendido, ni deducido en la execucion de la carta executoria, ni determinado por el executor: y no auiendo apelaciõ en cuyo grado auia de conocer el Cõsejo, no es possible que se dè lugar a la nouedad que se intenta, pues sobre este articulo no ay deuolucion, ni el Consejo se deue embaraçar en nueuas pretensiones. Y solo deue ser el conocimiento, en mandar se guarden a don Luis las executorias que tiene en su fauor, en quanto a estos bienes, sin embargo de los autos que despues dellas, se dieron a don Fernando, *ex his quæ statim dicemus*.

148 Y aunque por esta causa no tenemos obligacion a responder a lo que se alega, en quãto a estos bienes, por no ser materia deste pleito, para mayor seguridad satisfacemos a todo lo que se dize, en quanto a ellos en la informacion contraria, refiriẽdonos a lo q̃ se ha fundado en nuestra informacion, desde el *n.*71. 88. y 105. & nos inferius, en que se prueua, que ni en este juizio se puede tratar de bienes subrogados, ni quando esto se concediesse, auia causa para que a don Fernando perteneciessen, los que se han referido.

Sin

149 Sin que obste lo que se dize en el *num.*188.194. & 200. que don Luis tiene consentido la subrogacion de las casas del Campo del Principe, en el mayorazgo, y que assi quedò prejudicado en qualquier derecho que tuuiesse.

150 Porque se responde, que el consentimiento que hizo, y se alega en contario, no fue para la subrogacion de todos los dichos bienes, si no solo suena auerse hecho para la venta de las casas del Campo del Principe de Granada.

151 Y nunca se podia estender amas, *cum limitata causa limitatum producat effectum, dict. l. in agris, ff. de adquir. rer. domin. cum vulg.* Y aun este consentimiento en las dichas casas del Campo del Principe, no pudiera causar perjuizio a don Luis, porque si la causa de darle, y la citacion que se le hizo, fue con presupuesto de que era inmediato sucessor, auiendo declarado despues lo contrario el Consejo, no puede auer razon que permita que se le oponga, para que le causasse perjuizio, pues no es possible que se presuma, que si don Luis entendiera que estos bienes no le auian de pertenecer como a inmediato sucessor diera semejante consentimiento, por la razon de la ley, *si quasi recepturus, ff. de pignor. act.* y de la *l. fin. C. de pact. inter empt. & vendit.* y de la axioma vulgar *actus agentium non operari, vltra eorum intentionem, l. non omnis, ff. de reb. cred.* ni que quisiera remitir su derecho, pues a lo menos le tocara la mitad de las dichas casas, como gananciales por la persona de su madre.

152 Y menos obsta lo que se dize en el *num.*196. & 197. que no consta que se incluyessen en la venta que don Francisco Zapata hizo a la Inquisicion de las dichas casas, las que pertenecian al Comendador Francisco Zapata, y que estauã en diferentes sitios.

153 Porque se responde. *Lo primero,* ser incierto que estas casas estuuiessen en diferentes sitios, porque, antes consta lo contrario de las escrituras que tiene por titulo la Inquisicion de lo que don Francisco le vendio de los linderos que en ellas refiere, *mem. 2. añadido, fol.* 272. *nu.* 58. ni quando lo estuuiessen se siguia, no poderse auer comprehendido en la venta como se hizo.

154 Lo *segundo,* que quando don Luis tuuiesse obligacion de verificar, que las casas del dicho Comendador, se incluyeron en ella, està bastantemente comprouado ser cierto, con auer entregado don Francisco Zapata, que hizo la venta a la Inquisicion, las escrituras de compras de casas que hizo el dicho Comendador, y que en virtud destos titulos, la Inquisicion las possee, teniendolos en su archiuo con los demas de lo que se comprehendio en la venta que se hizo dellas, como consta, *mem. a num.* 49. hasta el 74. en la adicion segunda fol. 270. B.

155 Y no solo se comprehendieron en la dicha venta, la casa principal del Comendador, que era mayor que la de su padre, sino tambien todo lo labrado, y reedificado por el, sobre el corral del Concejo, pedaço de calle, y muro, de que le hizo donacion la villa de Llerena, diziendose en ella, se la hazia, *para meter lo assi en la casa del dicho Comendador, como en la de su padre, y para el, y sus herederos, y successores,* por auerse obligado a hazer a su costa, vna puerta, y corral para la villa, y sacarle vn priuilegio de mercado franco, que esta donacion se confirmò por su Magestad, y en ella se repite muchas vezes, tenia casas el Comendador en el dicho sitio, *mem. num.* 55. añadido, con que tambien se comprueua lo que diximos en el num. antecedente; y por auerse vendido todo esto a la Inquisicion, lo tiene tambien por titulo en su archiuo, *mem. dict. nu.* 49. & 55.

Y

156 Y tambien se incluyò en la dicha venta la plaça, y huertas, y torres de las dichas casas, estanque, y muros, que nada desto esta en la fundacion de 512. y dello tomò la possession con distincion, y de cada cosa de por si la Inquisicion, *mem.nu.*53.

157 Con que se califica por tantos medios, que fueron muchos mas bienes, y de mayor valor los que el dicho don Francisco Zapata, vendiò a la Inquisiciõ que lo vinculado por la dicha fundacion de 512.

158 Y siendo esto asi, quando se pudiesse tratar en este juyzio de subrogados, no auiendo liquidado don Fernando, que cantidad fue la que pudo tocar en los doze mil ducados, en que se vendierõ las casas, y lo demas referido, a las que quedaron vinculadas por la fundacion de 512. no podia tener entrada su pretension, vt diximus *in nostra alleg.num.*105.

159 Y estrañamos el titulo de subrogados, que se dà a estos bienes, pues la subrogacion presupone vinculo antecedente, y las casas principales, y todo lo demas que era del Comendador no consta que se huuiesse vinculado.

160 Y aunque en el *num.*198. de la informacion contraria se dize, que el Comendador subrogò los bienes q̃ auia adquirido en lugar de otros que auia enajenado del mayorazgo; y especialmente las casas que auia comprado, y para comprobacion desto, se refiere al *num.*414.& 482.*del mem.*

161 El desengaño desta incierta proposicion, se halla en las clausulas de los dichos numeros, pues en la del *num.*414. no ay palabra en que se trate de compra de casas, ni vinculo, ni subrogacion dellas, y antes algunas heredades, en particular que se dize dexaua el Comendador a don Luis su hijo, no era por auer vendido bienes algunos de la fundacion de 30. de Iunio, sino otros distintos, que no se comprehendieron en ella, y la demasia de lo que le dexaua a lo que auiã vendido, dixo era en satisfacion de la herencia, *y futuro de su madre, mem. num.* 64. *in fine, fol.* 20.B.

162 Y en la clausula del *num.*482. solo suena auer dicho el Comendador subrogaua vnas casas que auia comprado el de Pedro Gutierrez por vna almaceria q̃ auia vendido en Granada en la puerta de Guadix, que no era del mayorazgo de 30. de Iunio, como parece del *mem.num.*5.

163 Y a lo que vltimamente se alega en el *num.*199. que desde que se hizo la subrogacion destos bienes se han tenido por titulo de mayorazgo se satisface cõ lo que hemos referido en los numeros de nuestra informacion 71. y el 88. y no se puede considerar possesion por titulo del mayorazgo de 512. la que ha sido de bienes no vinculados en ella, y que por esta causa se le han mandado desembargar a don Luis por muchas executorias, y prouisiones del Consejo, *mem.num.*745.

164 Sin que se pueda suspender la execucion destas executorias, y prouisiones por los nueuos actos, que en fauor de don Fernando se dieron, para que gozasse por aora, y con fianças los frutos que corriessen de los dichos bienes, y sin perjuyzio de lo que se determinasse en el juyzio de la liquidacion, *mem.añadido, num.* 4.*fol.*236.B. Porque estos autos aun con las calidades que tienen, se proueyeron por auer presentado don Fernando vn testimonio diminuto que obligò a don Luis a traerlo despues enteramente de la verdad de todo lo que vendio don Francisco Zapata su padre a la Inquisicion, que es en el q̃ se contienen los titulos, y es-

crituras que se han referido, y assi viene a tener aora diferente estado la causa, para que corran las executorias de don Luis, y goze de los frutos que han procedido, y procedieren de los dichos bienes, como si los dichos autos que se dieron en fauor de don Fernando, obtenidos con tal cautela, no se huuiessen proueydo.

165 Y sin fundamento se afirma, que don Luis no ha probado que estos bienes no son subrogados por bienes de la fundacion de 512. pues en ningun tiempo se ha tratado dellos, como se ha dicho, ni ha auido estado de prueba, y en el Cõsejo, donde nueuamente la parte contraria lo pretende introducidir, lo tiene justificado ya don Luis por los dichos testimonios, y escrituras.

166 Y con tantos fundamentos, como se han referido, queda tambien concluyentemente satisfecho a lo que se dize en la informacion contraria desde el *num.* 587. en quanto a las casas del Campo del Principe en Granada, venta, y meson de la villa de Cehel, pues no siendo todos los bienes que vendiò don Francisco Zapata a la Inquisicion de 512. sino vna parte pequeña no verificada su valor, cessa el presupuesto incierto, en que estriua todo lo que se alega por parte de don Fernando; y aun esta satisfacion no es necessaria en este juyzio, no pudiendose tratar en el de bienes subrogados, como se ha dicho. Y por esta razon estan dessembargados tambien estos expressamente en virtud de las dichas executorias.

RESPVESTA.

A lo que se dize en quanto a los bienes de Llerena.

167 Destos bienes de Llerena, que no son del Reyno de Granada, no teniamos necessidad de tratar en esta informacion; porque el pleyto solo es sobre cõfirmar, ò reuocar el auto del juez executor, en que no se duda, y van conformes las partes, como se vee del principio de la informacion de la contraria, y en la instancia del executor, tampoco se puede dudar que solo se tratò de los bienes del Reyno de Granada, y no de otros, como consta del auto de prueua del juez executor, *mem. num.* 495. ibi: *Que esten sitos en el Reyno de Granada*, y assi en todo el juyzio de la liquidacion, ni se deduxo articulo, ni prouò por parte de dõ Fernãdo cosa alguna, en quanto a estos bienes de Llerena: y en el auto del juez executor, en que le mãdò dar la possession de los bienes que en el se refieren, *mem. nu.* 777. qne es del que està pendiente la apelacion, no se pusieron ningunos bienes de Llerena, sino solo los que estauan en el Reyno de Granada, ni podia de otros no auiendo auido conocimiento, ni liquidacion.

168 De que resulta que el Consejo oy no conoce de otros bienes mas que los expressados en el dicho auto; porque en ellos fue la liquidacion, y la deuolucion por la apelacion al Consejo: y en lo q̃ no la ha auido, no puede auer sentẽcia, de segũda instãcia, porq̃ de lo cõtrario se siguiriã muchos absurdos. Lo vno, q̃ no siẽdo el pleyto mas que sobre el auto del juez executor, se estendiesse la segunda sentencia a otros bienes, de q̃ no ha conocido. Lo otro, que no auiendo auido prueua, ni liquidacion, en que don Luis pudiesse hazer sus defensas, se pretendiesse despojarle de los bienes que està posseyendo, aunque quando se pudiesse determinar

nar oy sobre estos bienes, no era possible vencer don Fernãdo, nõ auiẽdose hecho por su parte ninguna probança, que es quien tenia obligacion de hazerla.

169 Y aunque estos principios son tan ciertos, ex abundanti, sin necessidad se responde a lo que se dize en la informacion contraria, en quanto a estos bienes. Desde el *num.*201. se pone por principio la clausula a la letra de la fundaciõ de 512. en lo que mira a estos bienes, y solo con ella se podia responder por parte de don Luis a todo quanto se alega en tantos numeros, porque no se niega que los fundadores vinculassen la huerta, que dizen de Iubrezelada, las quinterias que dizen de Rubiales, y la que dizen de Espino, y la dehessa de Rosal; que son los que se expressaron en la clausula, y que tambien se vincularon en ella las tierras, rentas de casas, censos, arrendamientos, y bienes, que los fundadores tenian en la villa de Llerena, y su termino.

170 Pero lo que se dize por parte de don Luis (que no tiene respuesta) es que a don Fernando solo se le pudiera dar possession de los bienes expressados en la clausula, y no de otros algunos, auiẽdo articulado, y probado quales fuessen los que al tiempo de la fundacion posseian los fundadores, porque sin preceder esta prueua, y conocimiento sobre la liquidacion de bienes no se le puede priuar a don Luis de la possession con pretexto solo de q̃ se vincularon bienes generalmente en la villa de Llerena.

171 Y aunque en el *num.*203. se qniere valer don Fernando del testamento del Comendador, està bastantemente satisfecho, *supra num.*83 no poder ser de alguna consideracion este instrumento presentado por don Fernando para inducirse prueua semejante, demas de no auerse especificado en èl solo los bienes de la fundacion de 512. sino de otras disposiciones.

172 Y demas desto por el mismo testamento se conuence, que casi todos los bienes de la villa de Llerena, y su termino, no fueron del señor Luis Zapata, sino propios del Comendador, como se prueua, *mem. num.*422. de la adicion, *fol.*71. B. y a *num.*115. en que haziendo relacion el dicho Comẽdador de los bienes que auia lleuado al matrimonio con D. Francisca de Toledo, no sugetos a mayorazgo, refiere por menor los que tenia en la villa de Llerena, especifica los que adquirio, y tenia en Llerena, y Prouincia de Leon, durante el matrimonio, *mem. nu.*424. *cum seqq.* desde *fol.*76. *B.* hasta 81.

173 Y es de notar la ilacion, de que se haze ponderacion en el *num.*207. de q̃ por auer dicho don Francisco Zapata, y don Luis, que litiga, en dos peticiones ninguna en este pleyto, que todos los bienes que tenian eran del mayorazgo fundado por el señor Luis Zapata, y por el Comendador su hijo, vinieron a reconocer por del mayorazgo del señor Luis Zapata, y su muger los bienes que declarò el Comendador; y esta consequencia no merece mas respuesta que la que resulta della misma Porque demas que don Luis no ha dicho cosa alguna de lo que se alega por la parte contraria, no se compadece reconocerse los bienes de Llerena del mayorazgo de 512. con auerse dicho por parte de don Francisco, en la peticion q̃ se alega, que eran tambien de los mayorazgos fundados por el señor Luis Zapata, y por el Comendador, ni tãpoco puede ser de perjuyzio, que en esta peticion que parece se presentò en su nombre en el pleyto de acreedores a sus bienes, y de su

pa-

padre dixesse no tenia algunos bienes libres, ni heredadolos de sus padres, porque ni desto se puede inferir repudiacion de herencia, ni el menor fundamento contra don Luis; ex his quæ dicemus inferius *num.*

174 En el *num.* 208. y 209. da la informacion contraria, se dize que don Luis no ha exibido titulos de compras de bienes en Llerena, y lugares de su comarca, despues del año de 512. sino es vnas escrituras de algunos pedaços de tierras de poca cantidad.

175 Y dexando a parte que las escrituras que se han presentado importan gran suma, como dellas consta, *mem. fol.* 70, *B. num.* 422. hasta fol. 81. quien tenia necessidad de prouar quales bienes son los comprehendidos en la fundacion de 512. es don Fernando Zapata, como se ha dicho.

176 Y demas de no tener obligacion don Luis de hazer probança, està ya hecha concluyente por don Luis Zapata su abuelo, *mem. fol.* 293. *num.* 204. hasta 210. en la adicion, en que se articulò, y probò que los bienes contenidos en el memorial sacado del inuentario de los del Comendador, que està desde el *num.* 115. en la adicion, y otros muchos no eran de mayorazgo, sino propios del dicho don Luis, y con especialidad muchas tierras de Iubrecelada, desde el *num.* 117. hasta el *nu.* 126. inclusiue, con que tambien se manifiesta quan injusta pretension es la de don Fernando en querer se le dè la possession de Iubrecelada con todas sus tierras, y terminos.

177 En el *num.* 210. se pone por presuncion contra probanças tan euidentes el no auer alegado don Luis ante el juez executor cosa alguna, en quanto a estos bienes, y antes se vale don Luis, de que don Fernando no arriculò, ni probò que perteneciessen a la fundaciō de 512. algunos bienes en Llerena, y en sus terminos, ni en la Prouincia de Leon, como se ha aduertido, *supr. num.* 167 y a don Luis solo le bastò alegar, como lo hizo ante el executor que no podia conocer, ni mandar dar possession de mas bienes que los comprehendidos en la fundacion de 512. como lo hizo en diferenres peticiones, *mem. num.* 497 · 499

178 A lo que se dize en el *num.* 211. de que don Gaspar Daponte, administrador durante el pleyto de la primera tenuta, administrò todos los bienes de Llerena se satisface con lo que dexamos fundado, *supra num.* 105 de no auer sido solo administrador de la fundacion de 512. sino tambien para hazer pago a los acreedores de don Francisco Zapata, assi a los bienes libres, como de mayorazgo, *mem. num.* Y en quanto a lo que se dize, que don Fernando el difunto, posseyò estos bienes, se excluye con auer el mismo declarado con juramento, que no entrò en possession de bienes algunos del dicho mayorazgo, *mem.* ~~num.~~ f. 96 del 9 pliego añadi[illegible]

279 Y en lo que vltimamente se dize en el dicho *num.* 111. que don Luis no ha exhibido las possessiones de los bienes de la fundacion de 512. consta lo contrario de la presentaciō que dellas hizo, *mem. n.* 38 *añ* y para las que tomò destos bienes de Llerena, tambien presentò informacion, *mem. n.* 37 *añ* y no se cōpadece dezir, que reconoce don Luis no tener derecho a la parte de bienes que pretende do Fernando, que no son de la fundacion de 512. con auer litigado tan largo tiempo, hasta obtener las executorias que tiene del Consejo, para que se le desembargassen, como con efeto se hizo, *mem. num.* 745 · 751 · 753.

A lo

190 A lo que se dize desde el *n.* 214 en lo tocante al cercado de Iubrecelada, tierras, viñas, y otras heredades del, se satisfaze con euidencia, con la clausula dela fundacion de 512. en que se dixo: *Con la huerta que nos auemos comprado, y cercado que dizen de Iubreçelada*, Y auiendose solo vinculado esta huerta, como tambien lo declarò el fundador en su testamento, *mem. num.* 49. ibi, *Y huerta de Iubreçelada*, es ageno de fundamento, querer que por auer dicho *huerta*, que auian cercado, se entiẽda comprehendido el cercado que fue vna dehessa de legua, y media, y muchas tierras, viñas, oliuares, y casa principal, que despues dela dicha fundacion de 512. y de la muerte del señor Luis Zapata, hizo, y adquirio el Comẽdador su hijo como consta del testamento presentado por don Fernando *mem. num* 415 ibi: *Todo lo q̃ yo añadi a la huerta de Iubrecelada en el cercado que hize cerca della, cõ las viñas, y çumacal, y oliuares, y todo lo demas plantado, y por plantar que yo tengo en el dicho cercado, & mem. num.* 422. *fol.* 71. *B. & fol.* 79. *B.* Consta de muchas partidas de tierras compradas por el Comendador en el dicho cercado; y assi como bienes propios, dixo los subrrogaua por otros que auia vendido, que como se ha aduertido, sup. *num.* no eran de la fundacion de 512. *mem. num.* 64. *& num.* 482. Y aun en esta subrogacion no consintio don Luis Zapata su hijo mayor, pues hizo prouãça enel año de 551. de que entre otros bienes que el tenia libres, y auia heredado del Comẽdador su padre, eran muchas tierras en Iubrecelada, como està aduertido *sup. n.*

191 Y de la clausula de q̃ se vale la parte contraria, *nu.* 216. antes se comprueua, que aun despues de entrambas fundaciones del señor Luis Zapata, solo tenia diez fanegas en tres pedaços de sembradura en el cercado, dandole por linderos la huerta principal, *mem. num.* 447. *fol.* 90. *B. ad fin.*

191 y Aunque en la informacion contraria, se omitiò que los dichos tres pedaços, solo tenian diez anegas, y en quanto a las ponderaciones que se hazen, con pretexto de ofuscar, que el Comendador nò adquirio, ni hizo este cercado, y todo lo en el incluso, menos estas diez anegas, que no consta las tenia al tiempo de la fundaciõ el dho señor Luis Zapata, estã desvanecidas cõ las clausulas del mismo testamento del Comendador de que se vale, de quibus sup. *num.* 190 Y con lo demas que està aduertido.

192 Y al *nu.* 217. se responde, q̃ con lo que antes se ha dicho, se conuence que don Luis Zapata, hijo del Comendador, nunca dixo, ni pudo dezir, que el dicho cercado, y tierras eran de la fundacion de 512.

193 Y en lo que se dize en el *num.* 219. que la huerta, y cercado son cosas distintas, vamos conformes pues la huerta era de los fundadores, y el cercado, y todo lo demas lo hizo, y cõprò, y adquiriò el Comendador, como se ha dicho.

194 Desde el *n.* 280. hasta el 228. se hazẽ diferẽtes discursos, para obscurecer lo claro de las clausulas del testamento del Comendador: y queriendo persuadir que no declarò que auia hecho el cercado, comprado, y adquirido lo demas, como si las clausulas que se han referido, necessitaran de interpretaciones.

195 Y aunque reconociendose por don Fernando, esto mismo se vale de otro medio scilicet, que no le pudo prejudicar la declaracion del Comẽdador. Por don Luis se responde, que la pretension de don Fernando solo està admitida por el Consejo, en los bienes de la fundacion de 512. y assi se ha de reducir a la clausula della, en que solo se vinculò la huerta: y si don Fernando pretende mas para des-

despojar a don Luis, lo ha de verificar, y prouar; y si para ello se vale del testamento del Comendador, presentado por su parte, es preciso que aya de estar a todo lo que se dize en sus clausulas, *ex l. cum quæritur, ff. de administrat. tutor.* ibi: *Vel in totũ agnoscere, vel a toto recedere, l. nam absurdum, ff. de bonis libertorum, cum alijs.*

196 Y a lo que se dize en el *num.* 228. tenemos satisfechos sup. *num.* y de la transacion de que se vale en el *num.* 229. no se induce ninguna declaracion, sino solo q̃ cada vno de los hijos del Comẽdador, propuso sus pretẽsiones, y la de don Luis Zapata q̃ era, de q̃ su padre auia vendido mas bienes del mayorazgo, q̃ los que auia subrogado está vencida por la clausula de la subrogaciõ, en que declarò todos los bienes que auia enagenado, que como tãtas vezes se ha dicho son muy pocos, y ningunos dellos comprehendidos en la fundacion de 512. y por esta causa pagò en virtud de la dicha transacion a sus hermanos los 5. qs. y tantas mil marauedis de renta, quedãdo por este derecho, y mejora de su padre, y legitima paterna, y materna, todos los bienes que adquiriò, y dexò el Comendador por suyos propios, de manera que esta transacion es gran fundamento de don Luis, como tambien se ha aduertido sup. *num.* 95

197 A lo que se dize en el *num.* 230. hasta el 234. en quanto a las tierras de Villafranca, Vsagre, y otros lugares de su comarca, no es necessario otra satisfacion mas que la que se dio en nuestra informacion, *num.* 78. y que todo el fundamẽto de la parte contraria, estriua en la deposicion de dos testigos, para prouar que Villafranca, y Vsagre, era termino de Llerena, y por la parte de don Luis està prouado con 17. testigos, *mem. num.* 355. y con dos testimonios, *mem. num.* 354. que siempre, y en todo tiẽpo antes, y despues de la fundaciõ de 512. han sido cosa distinta, y separada, assi en la jurisdicion, como en el termino, sin auerse citado vnos lugares a otros para el amojonamieto, porque ni aun cõfinan por parte alguna. Y que despues de la fundacion de 512. se adquiriesen por compras las dichas tierras de Villafranca, y Vsagre por el señor Luis Zapata, y las demas por el Comendador su hijo, consta *mem. num.* 424 fº 77 nº 449. h. 456

198 Y del testamento del Comendador, *mem. nu.* 424. fol. 77. ibi: *Iten 446. fanegas de tierras de pan, que he comprado en treinta y nueue suertes en termino de Villafranca, y la Fuente del Maestre, y su comarca*, y prosigue refiriẽdo otros bienes desta calidad.

199 En el *num.* 235. de la informacion contraria, se refieren otros bienes que se dize son de la fundacion de 512.

200 El vno es vn juro de 30U. marauedis de renta, situado en la alcauala del pescado fresco, y salado de la ciudad de Seuilla, y el dezirse q̃ pertenecia a don Fernando, por auerse vendido para la paga de la jurisdicion, diezmos, tercias, y alcaualas, de mas de lo que està fundado en nuestra informacion, en quanto a los bienes que pretende por subrogados a *num.* 70. *cum seqq.* Se responde, que la venta del dicho juro no la hizo don Luis, si no Gonçalo Gutierrez, en virtud de vn poder que se pretende dio don Luis Zapata, el qual fue especial, para solo vender los censos abiertos que el dicho don Luis tenia en la *Prouincia* de Leon, como consta del que aora se ha sacado al memorial en la vltima adicion: y auiendose excedido del dicho poder limitado, no puede causar perjuizio la venta, *ex l. diligenter, ff. mandati*, con que se destruye la cõprehension deste juro de 30U. marauedis de renta, que supusimos en nuestra primera informacion, *num.* 85. ser possible incluirse

cluirse, no auiendo reparado en la limitacion del poder, por no auerse especificado en el memorial, afirmandose en el por constante que lo auia vendido el dicho don Luis, *mem. num.* 153 como se afirman otras cosas que tienen la misma incertidumbre, que se preuinieron despues de ajustadas, y se pusieron por anotacion, como parece de las adiciones, *mem.* principal.

201 Y el censo de 33ʉ500. marauedis de renta, que se refiere falta, no se puede tener por razon el dezirse, que deuio de vender para lo mismo que el juro, y assi si don Fernando le pretende, puede pedirlo a quien le posseyere: y lo cierto es que el dicho censo no se vendiò, ni tal se hallarà.

RESPVESTA.

A lo que se propone desde el num. 236. hasta el 274. inclusiue.

202 Lo que se pretende persuadir por don Fernando en estos numeros, con varios discursos, y alegaciones, es que la escritura de 512. y el testamento del señor Luis Zapata de 522. son vna misma cosa, y vna sola fundacion de mayorazgo, y que el testamento se hizo en execucion, y perfeccion de lo que estaua dispuesto por la dicha escritura de 512. y no nueua disposicion.

203 A esto està bastantemente respondido en nuestra informacion, desde el *num.* 56. hasta el 70. en que entre otras cosas se aduirtiò que no haze fee el testamẽto que se ha presentado, por las razones alli alegadas, y quando la pudiesse hazer, para que se tengan por diuersas disposiciones, quando no huuiera otras indubitables demonstraciones, que por nuestra parte se han ponderado, bastara la diuersidad de tiempo, y de personas, como lo assienta por cõclusion, *Farinacio fragment. criminal. lib. 2. litt. I. num.* 25. ibi. *Identitas actorũ non præsumitur, sed pluralitas quãdo inter vnum, & alterum actum intercessit temporis, & personarum diuersitas ad glos. in l. Pantonius. §. rei, ff. de adquirend. hæredit. Socin. cons. 24. num. 29. lib. 1. & cons. 129 num. 1. vers. tertio, attenditur, & num. 10. lib. 4.* Ruin. *cons. 12. num. 5. lib. 5. Euerard. in loco a diuersitate temporum, num. 1. quos sic dicentes refert, & sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 6. dict. præsumpt. 15. num. 22.* y la misma conclusion acredita *Nicol. Genua de script. priuat. lib. 4. post. caput primum tit. de separat. à num. 6. vsque ad* 11. reprouando la opiniõ contraria, conformandose con la de Pacian. *de probat. lib. 1. cap. 28. a num.* 16. que ☞ està alegado en nuestra informacion, *nu.* 63. Y la misma diferencia se colige, *ex diuersitate formæ, Farinac. dict. litt. I. num. 30. cum Bald. Felin. & Menoch. in locis, ibi relatis:* Y estas diuersidades de personas, tiempo, y forma son inegables; pues en la escritura de 30. de Iunio de 512. interuinieron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues, y en el testamento otorgado en el año de 522. diez años despues, solamente el señor Luis Zapata, y en la forma; ya se vee quan diferente es la del testamento de la del contrato antecedente, con tan larguissimo interualo de tiempo, y las demas estan bien fundadas por nuestra parte con mucha claridad, y seguridad.

204 *Præterea*, no es possible, que se ajuste el dezir en el *num.* 240. que lo dispuesto en el testamento fue execucion, y perfeccion de la fundacion del mayorazgo de 512. porque desta inteligencia se siguieran dos absurdos intolerables. El

pri-

primero, que no huuiesse quedado fundado mayorazgo perfectamente en la escritura de 30. de Iunio de 512. en los bienes en el expressados. El *segundo*, que si por alguna causa se pudiera dezir, que el testamento del señor Luis Zapata era invalido, lo viniera tambien a quedar el mayorazgo fundado en el dicho dia 30. de Iunio de 512. que no es possible, que se piense cosa mas agena de lo que la parte contraria en su informacion, *num.* 237. llama, *mente* de los testadores, que es lo mismo que intencion, y lo que se deue entender que obrò el señor Luis Zapata en el testamento de 522. hablando con propiedad, y ajustamiento a lo cierto fue vsar de la potestad que se auia reseruado, no por execucion, ni perfecion del primer mayorazgo, sino por nueua disposicion, sin dependencia, ni conexidad de la primera, cuyo valor no quedò suspenso, ni remitido a otra posterior; y assi se han de tener por diuersas, y separadas.

205 Y tambien haze inexpugnable nuestra defensa otra conclusion, *scilicet*, que el proposito, ò intencion, no dà perfecion a los actos posteriores, sino q̃ ellos obran por si mismos, segun su propia calidad, y naturaleça, que pueden ser contrarias, ò diuersas; y con esta atencion se han de juzgar precisamente, *ex l. cum in plures*, §. *locator horrei*, *ff. locati*, que es singular para probar esta conclusion.

206 Desde el *num.* 241. se ponderan algunas clausulas del testamento a las quales està respondido en nuestra primera informacion, desde el *num.* 59. en donde se hizo clara demonstracion que antes se assegurà por ellas lo mismo que por nuestra parte se ha fundado en la informacion contraria en el *nu.* 246. y es indigna proposicion dezirse, que los bienes que no se expressaron en la escritura de 512. y los futuros q̃ se adquiriessen, quedaron desde entonces cõprehendidos en aquel mayorazgo, y q̃ solo lo que pudo obrar el testamento fue declaracion de la *cota*, porq̃ en esto mismo es euidente la falta de fundamento; pues se confiessa por la parte contraria, que en quanto a estos bienes fue la disposicion condicional, y la *cota* del aumento, se declarò en el testamento del señor Luis Zapata, porque se responde que es impossible la aplicacion.

207 Lo *primero*, porq̃ lo q̃ se reseruò, fue facultad para alterar, quitar, y aumentar, y assi toda la sustancia (en lo que se pudiesse tener por aumento) precisamente auia de quedar pendiente de lo que la parte contraria llama *condicion*, pues era necessario que interuiniesse el hecho del aumento; y no haziendose, quedaran las cosas en el estado que tenian.

208 Lo *segundo*, que este acto posterior auia de ser el que simpliciter se considerase por verdadera disposicion, porque por si solo ha de obrar sin que se tenga por parte del primero, aunque se hiziesse para declaracion del, por la doctrina singular de *Bald. in l. Petens, num.* 13. *vers. si igitur quæratur, C. de pact.* ibi: *Si igitur quæratur, an agatur ex declarato, an ex declarante, refert, aut declaratio fit ab illo qui non potest disponere, & tunc agitur ex declarato, non ex declarante, de legatis 2. l. vnum ex familia, §. fin. aut fit ab illo qui potest disponere, & tunc refert, aut est declaratio enunciatiua, aut dispositiua primo casu, aut fit in vltima voluntate, aut in contractu, aut in iudicijs, si quidem declaratio enunciatiua fit in vltima voluntate, aut tendit ad declarationem contractus inter viuos, & agitur ex declarante, non ex declarato, de liberatione legata, l. Aurelius, §. fin. aut tendit ad declarationem alterius vltimæ voluntatis ipsius testatoris, & tunc refert, aut emanat in actu non solemni, & tunc agitur ex declarato, de hæredibus instituend. l. asse toto, aut in actu solemni, & tunc agitur ex declarante tantum.*

209 Y no tiene aplicacion a nuestro caso la *l. penultima, ff. quemadmodum testamenta apperiantur, l. quidã referunt 14. ff. de iure codicill.* y otros textos, de que se vale la parte contraria en su informacion, *num.* 240. y 245. porque estos textos hablan quando el testador dixo en su testamento que instituia por heredero a la persona que nombrasse en su codicilo, ò que le hazia heredero en aquella parte de bienes que declarasse en su codicilo, porque en este caso la institucion queda hecha en el testamẽto, porq̃ por el codicilo no se podia dar herencia, ex *l. asse toto, ff. de hæredib. instituend.* ibi: *Eius quidem institutio valet, ideoque licet codicillijs dari hæreditas non possit tamen ex testamento data videtur,* que tambien se prueua in *l. quodper manus* 10. *ff. de iur. codicil. cum multis alijs;* y tambien porque es derecho singular, que lo que se escriue en los codicilos se estime, y tenga por parte del testamento, *l. 2. §. codicillorum, ff. de iur. codicil.* y el retrotraherse lo escrito en el codicilo, *circa hæredis institutionem,* se introduxo por fauor de los testadores, y porque no podia sustentarse por disposiciõ de codicilos la institucion de la herencia.

210 *Cæterum,* en la escritura de 30. de Iunio de 512. no ay palabras, que correspondan a las de aquellos textos, pues no dixeron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues, que dexauan vinculados los bienes, que en su testamento declarassen, ò que hazian vinculo, y mayorazgo de aquellos que por su vltima disposicion señalassen, sinoque especificaron los de que entonces hazian mayorazgo, dexando en ellos perfeta, y entera la disposicion, y reseruando solamente en los demas facultad para poder aumentar, y el testamento del año de 22. no es escritura imperfeta, demanera que para que valga sea necessario retrotraerla a la escritura del año de 12. como en la que se haze del codicilo al testamento: y assi no se puede dezir, que de los bienes no expressados en la dicha escritura de 30. de Iunio, y de los que despues adquiriessen los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues quedò fundado entonces mayorazgo, ni en ellos podia obrar la clausula puesta en la dicha escritura de retencion de dominio, y possessión, ni translacion della al sucessor, pues en lo de que no la tenian, ni auian adquirido con impropriedad se dixera en la dicha escritura, que retenian el dominio, y possession.

211 Al *num.* 247. està respondido en nuestra informacion à *num.* 59. *cum seqq.* en que se prueua: que en quanto a los bienes no expressados en la dicha escritura de 512. es nueua disposicion la del testamento del año de 22. en aquellas palabras, ibi: *Hazemos.*

212 Y se añade, que si se huuiera de entender, como la parte contraria sin fundamento pretende que los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues, dexauan desde entonces vinculados los demas bienes que tenian, ò adelante adquiriessen, demas de los expressados en la dicha escritura de 512. se siguiera vn absurdo inexclusable, *scilicet,* que quedaran intestables, y sin hazienda para dexar a los demas hijos legitimas, ò alimentos competentes cõforme a la facultad Real, que estos auian de ser en propiedad, *D. Mol. lib. 2. Hispan. primog. cap. 15. num. 10. & ibi Addition.* alegado à *Mier. Surd. Seße, Thesaur. Mart. y Castill.* ni pudiera el señor Luis Zapata fundar el mayorazgo, que despues instituyò por el dicho testamento en Iuan de Chaues su hijo, ni las demas mandas, y legados que en el dexò.

213 Y siẽdo assi, q̃ en virtud deste traslado de testamẽto, y de su disposiciõ no se pidio cosa alguna a don Luis Zapata, ni se presentò en todo el discurso del pley-

M to

to de tenuta, que es lo que nos basta, y quando le presentò ante el juez executor ante quien don Luis alegò no podia hazer fee, por ser traslado de traslado de otro traslado, y padecer otros defetos, *mem.fol.2.B.* & *5.B.* en la dicion de los 9. pliegos, fue despues de la prueua, *mem.nu.46.in fin.* en la adicion de mano del Relator, con que don Luis siempre ha estado indefenso, se sigue indubitablemente, que la execucion de la carta executoria, no puede estenderse a lo que se pretende por este instrumento; y que encaso que tuuiera algun derecho don Fernando, que se niega, se ha de intentar en otro juizio.

214 Al *num.248.* està respondido en nuestra informacion *num.67.*

215 Al *nu.249.* y *250.* se responde, Lo *primero*, que la señora doña Maria de Chaues, no dio comission al señor Luis Zapata, para que hiziesse por ella testamento, si no que solamente se reseruò el dicho señor Luis Zapata, como està muchas vezes repetido la facultad de aumentar, alterar, y quitar lo que le pareciesse por nueua disposicion. Lo *segundo*, que quando le huuiera dado poder la señora doña Maria de Chaues (que no dio) en los terminos que en la informacion contraria impropiamente se dize, refiriendose a testamento, era preciso que vsara del el señor Luis Zapata dentro del termino que señala la *ley 33. de Toro*, q̃ es la *ley 2. del tit.4.lib.5.Recop.* Y por el transcurso del, huuiera espirado, y assi no pudiera tener aplicacion lo que despues 10. años del otorgamiento de lo que llaman poder, huuiesse obrado el señor Luis Zapata. Lo *tercero*, que quando esto se tuuiera por poder dado en la fundacion del dicho mayorazgo al señor Luis Zapata, por la señora Doña Maria de Chaues, no auiendo obrado en su vida, en virtud del, por la muerte re integra, quedara reuocado, *l. inter causas 26. ff. mandat.* §. *rectè quoque, vers. item, si adhuc integro mandato institut. de mandato.* Lo *quarto*, porque por la muerte de la señora doña Maria de Chaues, ya tenian sus hijos derecho adquiquirido para suceder en sus bienes, por ser legitima dellos; y en su perjuizio no podia disponer el señor Luis Zapata, aun quando fuera comissario, haziendo mejora en alguno dellos, *l.31. de Toro* que es la *l.5.tit.4.lib.5.Recop.* no teniendo para ello poder especial con dos calidades. La *primera*, que ha de ser para hazer testamento por la persona que lo otorgo, que en estos terminos habla esta ley. La *segunda*, para mejorar alguna persona señaladamente, y con la obligacion de vsar del poder dentro del termino. *dict. l.33. de Toro.*

Poder

216 Lo *quinto*, que la facultad no obligò a los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues, a que precisamente se vsasse della en todo lo que por ella se cō cediò, si no en quanto quisiessen; y la señora doña Maria de Chaues, no consta que diesse tal poder al señor Luis Zapata, ni que vsasse della en la forma, ni con la estension que por la parte contraria se pondera, y cada vno destos señores pudiera disponer solamente de sus propios bienes.

217 A los numeros 252. 253. y 254. 255. y 256. està respondido en nuestra informacion, *num.38. cum tribus sequentibus*, & 63. 68. & 89. adonde se satisfaze a la *l. etiam, C. de iur. dot.* y se pondera en nuestro fauor, y al lugar de *Ioan Garcia de expens. cap.22. num.5.* se responde con lo que el mismo Autor escriue, ibidem *sub num.6. sub vers. neque dispositum*, ibi: *Neque sententia lata, de successione feudi, aut emphiteusis huiusmodi extenditur ad hoc aumentum, sed alia petitio, aliud iudicium, alia sententia est necessaria, quia diuersa sunt, & separata, & diuersam, & separatam habent iurisdictionem, vt adquirātar,*

tur, *& amittantur*, y prosigue en el *vers. vnde si maioratui*, y en este sentido se ha de entender tambien precissamente la dotrina del señor Molina, *lib. 1. cap. 26. ex nu. 2. & 3. scilicet*, que es necessario que se pida lo que se llama aumento, siendo extrinseco separable, y por diuersa disposicion, como arriba està fundado, sin que obste la adiciõ al señor Luis de Molina *ibidem num. 2. vers. quæ conclusio verissima est*, porque en los terminos de la limitacion, requiere q̃ el posseedor del mayorazgo, aya adquirido con este animo declarandolo expressamente en el acto de la adquisicion. Y esta declaracion no huuo del señor Luis Zapata, y tambien no se ajusta el pedimiento porque fue limitado a aquella primera disposicion; y lo que despues se adquiriesse, no quedò comprehendido en ella, si no solamente reseruado en facultad de agregarlo por nueua disposicion: y si esta se pretende que se hizo por el testamento del año de 522. *alia res est*, y no se pidiò en virtud del, ni en esto ay sentencia, ni puede auer execucion, que es lo que siempre, constantemente tenemos defẽdido, y fundado: y esta misma limitaciõ se conforma cõ lo q̃ escriue el señor Luis de *Molina in vers. ex quo*, al qual se remite la dicion q̃ es en el *n.* 6. adõde no se habla de pedimiento, sentencia, ni su execuciõ, si no solamente de si se ha de adquirir por aumento al mayorazgo, lo que el posseedor del expressò que lo fuesse, con que queda en su entera fuerça la primera conclusion.

218 Respondese a la ilacion que la parte contraria haze en su informacion, desde el *num.* 257. *vsque ad num.* 272. que estando excluidos los fundamentos de su intencion en los numeros antecedentes, no es possible que se saque consequencia dellos en perjuizio de don Luis Zapata, y nos remitimos a lo que hemos fundado en este discurso, y en nuestra primera informacion *a num.* 42. *vsque ad* 56. y para mas seguridad, aunque no era necessario añadimos, que teniendo atencion a las palabras de la sentencia, de cuya execucion se trata, que habla de tiempo preterito, y con limitacion, ibi: *Todos los bines del mayorazgo que fundaron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger en* 30. *de Iunio de* 1512. No se puede suplir, ni estender a otros bienes algunos, aunque sean vnidos por aumento, *ad text. in l. edita, vers. pro vt edicti perpetui manet authoritas, C. de edendo, & ex Alexand. cons.* 46. *nu.* 9. *lib.* 1. *Decio* 63. *num.* 6. *Gram. decis.* 59. *nu.* 7. *Crauet. cons.* 956. *num.* 14. *volum.* 5. *Hond. ded.* 112. *num.* 20. *Rota dict. decis.* 4. *part.* 2. *diuers. num.* 3. *Casan. cons.* 56. *num.* 6. sin poder la estender a otras, *vt agnoscit, Salgad. de Regia protect.* 4. *part. cap.* 9. *num.* 17. *in princip.*

219 Y lo que mas es, que en este caso de relacion con tan estricta limitaciõ no solo no se comprehenden, ni pueden las accessiones, aumentos, y agregaciones, *ex facto hominis, verùm neque* las que *tam iuris dispositione, quam augmento naturali proveniunt*.

220 Iuris dispositione ex *eleganti text. in l. seiæ, §. instructis domibus; ff. de fundo instruct.* donde aunque en el legado de fundo instructo, viene todo lo que despues del testamento, aumentò el testador vsque ad mortem, *l. Lutius, ff. eodem, vbi* Bart. *nihilominus*, por auer dicho el testador, *vtì possedi*, cõ que explicò su voluntad, dize el Iurisconsulto, *quod adiecit testator vtì possedi an hoc significet, sicut instructa in die mortis habuit idest cum mancipijs, pecoribus instrumento rustico? Respondit non de iure quæritur.*

221 *Hoc est*, no ay que poner en disputa negocio, donde ay voluntad conocida, ni ocurrir al derecho, quando assistental es palabras, *vtì possidi*, si no aueriguar el hecho de como *tuc temporis*, el testador posseìa el tal fundo instructo *vbi glos.* *in-*

inquit non de iure, sed ex facto, & additio cuiatij, ibi: *Vt possedi, ex hoc responso sanè quam graui, intelligere licet illa verba, vti posedi ex mente testatoris in terpretationem recipere non ex illa definitione iuris.*

222 Et in augmento naturali, *l. in agris 16. ff. de adquirend. rerum domin.* ibi: *In agris limitatis ius allubionis locum habere non constat,* & infra. *Agrum autem manucaptum limitatum fuisse, vt sciretur quid cuique datum esset, quid vè venisset, & quid in publico relitum esset, l. Rutilia Pola 69. ff. de contrahend. empt.* ibi: *Ego existimo eatenus locū quem emit Rutilia Pola venire, quatenus tunc fuit, Albert. Bruno de augmento 6. conclus. princ. nu.* 1. vbi pro regula cōstituit: *Quod rei limitatæ, vel expressè, vel præsumptiuè, vltra limites suos nō detur augmentum.*

223 Y si esto procede en contractos, y vltimas voluntades, *quid dicendum,* en execucion de sentencia, que es de tan estrecha naturaleza, que no se puede estender, ni ampliar en manera alguna, ni el executor obrar mas que tenerla delante, y guardarla, como suena a la letra, *vt ex l. 1. C. si plures, vna sentencia, Alexand. conf. 8. lib. 1. & in l. a Diuo Pio, §. si pignora num. 10. de re iudicat. Bald. conf.* 150. *lib.* 3. *Natta* 474. *num.* 5. *lib.* 2. *Menoch. conf.* 110. *a num.* 13. *Salgad. de reg. protect.* 4. *part. cap.* 3. *à num.* 38. *& cap.* 4. *num.* 11. *&* 12. *& cap.* 8. *num.* 47. y mejor que todos, y con muchas, y indiuiduales autoridades, Dom. Valenç. *conf.* 86. *à num.* 45.

224 Y mas quando con tan particular aduertencia, hallamos que los señores del Cōsejo formalmēte se ajustarō a la disposicion de la *l. ex stipulatione,* ibi: *Cū potestatem sententiæ certis finibus concludi, sepè constitutum sit, l. post sententiam,* C. *de sentent. & in ter loc. omn. iud.* ibi: *Post sententiā, quæ finibus certis concluditur,* que entonces, *neque ad augmentum potest extendi,* vt in terminis sentētiæ, *ex glos. dict. l. Egi tecum, §. 1. verbò exceptio, ff. de except. rei iudicat.* ibi: *Nisi cū nascitur ex regione agri limitati, vbi nō habet locū allubio, & cū illa, & Bald. in c. 1. §. si quis de māso, de cōtrou. in vestitu. Tyber. Decian. respons.* 52. *n.* 44. ibi: *Quod sententia nunquam extenditur ad agmentum rei limitatæ, Salgad.* 4. *part. cap.* 9. *numer..* 7. ibi: *Nunquam si quidem extenditur sententia ad augmentum rei limitatæ.*

225 A los numeros 272. y 273. en que se trata de las jabonerias de Frexenal y las casas de la puerta de Cordoua en Llerena, se responde con lo mismo que està dicho en lo tocante al testamento de 522. y siendo la pretension de la parte cōtraria, que estos bienes le pertecen por agregados de agregados del dicho testamento, militan todas las conclusiones que auemos fundado.

226 Y es incierto dezir, que estos bienes se sacaron del mayorazgo de 30. de Iunio de 512. porque no estan expressados en la escritura de fundacion del, ni tāpoco se sacaron de lo que vinculò el señor Luis Zapata por su testamento en el Comendador su hijo; porque destos bienes, hizo mayorazgo particular, en Iuan de Chaues su hijo segundo, *mem. num.* 48. y en el dicho testamento refiere, que las casas eran de doña Isabel Zapata su hija.

RESPVESTA.

En quanto al tercer genero de bienes de los que se dize incorporò, y subrogò el Comendador Francisco Zapata por su testamento del año de 1543.

227 A lo que se dize en los numeros 275. y 276. en cōprouacion de la pretension de don Fernando a estos bienes.

No

155

228 No teníamos necessidad de detenernos en dar respuesta a ella, pues con todo lo que dexamos fundado en los primeros articulos, y en nuestra primera informacion, en las partes, y numeros que en ellos se refieren, està bastantemente comprouado, que en este juizio no se puede tratar de otra fundacion, y disposicion que la del año de 512. sobre que fue la demanda de tenuta de don Fernando de Toledo, y a que se limitò la sentencia que sobre ella se diò, y que es lo que se ha declarado por tantas executorias, y prouisiones del Consejo: y si como tambien fundamos sup. *num.* 213 don Fernando Zapata no tiene algun derecho por esta causa a los bienes del testamento del señor Luis Zapata, tampoco le puede tener a los del testamento del Comendador su hijo, quando no fueran entrambos traslados de traslados, y no presentados en el juizio de tenuta, y padecieran los defetos que en nuestra primera informacion se han ponderado, *num.* 75.

229 Pero ex abundanti, se responde por don Luis Zapata, que la dicha pretẽsion de don Fernando, tiene dos partes: La *vna* en quanto a los bienes que dize subrrogò el Comendador por el dicho testamento, en lugar de algunos que enagenò. La *otra* a los bienes que sin ser subrogados, se expressaron en el, y se pretenden por titulo de acrecentados a la fundacion de 512.

230 Y en quanto a la primera parte de los dichos bienes, està bastantemente satisfecho en nuestra primera informacion, desde el *num.* 70. hasta el 90. inclusiue *& nos inferius a num.* que con lo que en ello se fundò, no queda genero de dificultad en la justicia de don Luis.

231 Y en quanto a la otra parte de los bienes acrecentados, no alcançamos porque camino se pueda guiar la pretension de don Fernando, porque quando se le concediesse sin perjuizio de la verdad, que este testamento estuuiesse con todas las calidades de derecho necessarias, y que por el se huuiessen acrecentado al mayorazgo de 512. bienes, como es posible que en vn juizio de carta executoria limitada solo a la dicha fundacion, se aya de tratar de otra disposicion de testamento otorgado por diferente persona, y en diuerso tiempo treinta, y vn años despues de q̃ en el juizio de tenuta, no se tratò, ni presentò, ni defendiò don Luis, *ex his quæ diximus in nostra allegat. num.* 57.

232 Siendo assi que el mayorazgo que se haze en el testamento de vn hijo, aunque sea con relacion a la disposicion de su padre, se deue tener por nueuo mayorazgo, *vt in puncto concludit Fusar. de substit. q.* 498. *nu.* 7. ibi: *Quarta conclusio fidei commissum faciens habita relatione ad patris, vel alterius testamentum tunc dicitur nouum fidei cõmissum, voluisse facere non autẽ paternũ pro rogare, Socin. Iunior. cons.* 75. *lib.* 3. *Peregrin. de fideicommiss. artic.* 16. *num.* 114. *in fin. Casanat. cons.* 56. *num.* 12. *&* 13. nuevo mayº

233 Y lo que mas es, que no se hallarà que el Comendador acrecentasse toda su hazienda, y bienes expressados en su testamento a la fundacion de 512. como en contrario se pretende, porque de la clausula de que se vale don Fernando en el dicho *num.* 275. de su informacion, que es la del *mem. num.* 414.

234 Lo que se saca es, ser propios del Comendador los bienes que en ella se refiere, y dize que subroga, en que comprehende el cercado de Subrecelada, que es otra comprobacion, de que no fue del señor Luis Zapata, y por el titulo desta subrogacion, tampoco puede tener derecho don Fernando, *vt diximus supra n.* 160 et 190

N Y de

235 Y de la otra clausula que tambien se vale don Fernando, *mem.num.* 482. hasta 484. comprueua lo mismo por ser la propia que la antecedente, y en lo q̃ se trasladò, y sacò della mas al *mem.num.* 483. se manifiesta, que no quedauan vinculados todos los bienes, pues exceptuò en ella el Comendador la legitima de D. Luis su hijo, que de derecho estaua exceptuada, y la mejora que le hizo; y assi quando se pudiesse estar a esta disposicion, auia de verificar don Fernando, que parte de bienes, y quales eran los que sobraron de la legitima paterna, y materna, que importò grandes sumas; sobre lo qual, ni ha auido pedimiento, liquidaciõ ni prueua, ni sentencia.

236 Y con lo que tambien se comprueua, que los bienes del Comendador no quedaron vinculados, es con la translacion que hizo don Luis su hijo cõ sus hermanos; y con la prouança que hizo el dicho don Luis el año de 551. en Llerena, para tomar vn censo, que tambien se ha aduertido, *de quibus sup.num.*

237 Y todos estos fundamentos estan acreditados por las determinaciones, y executorias del Consejo, para que a don Luis se le desembargassen todos los bienes de otras qualesquier fundaciones fuera de la 512. en virtud de las quales se le desembargaron los de los dichos testamentos, *vt diximus sup.num.*

RESPVESTA.

A lo que se propone en la informacion contraria, en quanto a la jurisdicion, diezmos, tercias, y alcaualas de los lugares del estado del Cehel, y demas derechos que don Luis Zapata, aguelo de don Luis comprò de su Magestad, para si, y para sus herederos el año de 559.

238 Desde el *num.* 277. hasta el 350. se dilatan mucho en hazer varios discursos, y ponderaciones para persuadir que la dicha jurisdicion, y demas cosas referidas han de pertenecer a don Fernando, como bienes subrogados.

239 Desde el *num.* 278. se quiere esforçar esta pretension con diuersas autoridades en comprouacion del brocardico, de que *subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur*, y del se quiere hazer ilacion à q̃ en el juyzio de tenuta se puedẽ pedir, y comprehender los subrogados, y de la fuerça que pueden tener estas conclusiones, para aplicarse al caso presente, està bastantemente aduertido, y con seguridad en nuestra primera informacion, desde el *num.* 70. hasta el 94.

240 Y quando se le concediera a la parte contraria por ciertas, y sin disputa las alegaciones de que se vale para que por la *l.* 45. *de Toro*, se transfiera la possessiõ de los subrogados, no estamos oy en este caso, sino en q̃ es necessario pedirlos, y verificarlos, para que se comprehendan en la sentencia de tenuta, y que sea preciso el que aya pedimiento prosecucion, verificacion, y sentencia en los subrogados, està fundado con indiuiduales alegaciones en nuestra informacion, *à num.* 71. *&* *num.* 89.

241 Y aunque en la informacion contraria se intenta en el *nu.* 285. fundar q̃ la sentencia es capaz de los subrogados sin auer precedido pedimiento dellos; y para esto se alegan por Autores en terminos a *Matth. de Afflictis ad constitut. Neapol.* *lib.*

lib.2.rubric.41.num.11.aliàs 14.y à Mier.1.p.q.11.num.42. en nueſtra informacion en el *num.*90.eſtà ſatisfecho a ellos en particular,y ſiendo la concluſion que deſtos Autores ſe ha pretendido inferir tan ſin fundamento no podia tener otro apoyo,mas que doctrinas deſta calidad que no la comprueuan.

242 *Præterea,*la opinion de *Matth.de Afflictis,* eſtà deſnuda de alegacion , que la pueda acreditar;y aſsi no ſe deue hazer eſtimacion della,vt docet *Marta in præfatione de methodo conſulendi,& ſcribendi de iure,*que puſo al principio de ſus conſejos, *num.*59.ibi:*Nam Doctori cuicumque* LICET MAGNO COMMENTATORI STARE NON DEBEMVS,NISI OPINIONEM SVAM PROBET PER AVTHENTICAM SCRIPTVRAM,*Archidiacon.in cap.nolite 11.q.1. per illum textum per Zauarellam conſ.177.loquens de Ioan.Andr.quod ipſe diſpoſuit:niſi vrgente ratione,& quod ita ſit diſpoſitum probatur in cap.Capellanus,in verſ.Subtili ratione, & ibi notat Abbas de ferijs,Ioan.Andr.& alij in cap.1.de conſtitutionib.Ruin. in conſil.* 58.*num.* 15. *volum.*3.

243 Y es muy digno de aduertencia lo que de *Afflictis,* dize *Camerario in cap. Imperialem cart.*91.*lit.D.*a quien refiere,y ſigue *Scipion Rouito ſup.pragmat.*1.*de fide,& authoritate memorialium , ſeu libellorum,num.*42.*ſcilicet,*que eſte Autor en ſus deciſiones tiene autoridad,pero muy poca en las lecturas;porque las eſcriuio hallandoſe en edad decrepita,y reprobando vna opinion ſuya , concluye con eſtas palabras, ibi:*Et verba beſtialia in quæ ſine cauſa tan indecenter prorupit Afflictis , manifeſtè indicant, quod iam cæperat propter ſenium delirare.*

244 Y eſta opinion ſe conuence con razon,y autoridad.Lo *primero* , porque lo mas a que ſe puede eſtender la execucion de la ſentencia dada contra el reo,ſobre la coſa litigioſa,que pendiente el pleyto enagenò,ſerà para que pague la eſtimacion della:y eſto ſe podia tener por conſequtiuo de la ſentencia ; pero paſſar à otro linage de bienes,aunque fueran comprados,o permutados,que ſe eſtima por ſemejante contrato,ex *l.2.ff.de rer.per mutat.l.2.C.eod.tit.* no puede ſer conſequtiuo de la execucion de la ſentencia,porque no ha ſido materia del pleyto lo adquirido por otra cauſa.

245 Lo *ſegundo,*porq̃ fuera queſtion muy cõtrouertida,y dudoſa, ſi la execucion de la ſentencia ſe pudiera hazer contra vn tercero , que ſe hallara poſſeedor de la coſa litigioſa por lo que diſputa,y reſuelue magiſtralmente, *Mario Giurb. deciſ.*62.*num.*6.*& ſeqq.* Y mucho mayor dificultad tuuiera ſi ſe quiſiera executar la ſentencia en la coſa no litigioſa,aunque ſe huuiera trocado por ella ; pues eſta , ni eſtaua pedida,ni la ſentencia hablaua della,y fuera grauiſsimo exceſſo del executor introducirſe en conocimiento de cauſa que no le eſtaua cometida,y en que era neceſſaria otra coſa juzgada para diſputarſe,y determinaſe eſta materia.

246 Lo *tercero,*porque aunque deſde el principio ſe huuiera pedido por don Fernando la tenuta de los bienes de que ſe fundò el mayorazgo,y de los ſubrogados en lugar dellos,y de los permutados , ſi la ſentencia ſolamente ſaliera en los bienes expreſſados en la fundacion ſin hazer mencion de los demas no ſe pudiera executar en los ſubrogados,y permutados,porque era neceſſario boluerſe a pedir en diuerſo juyzio,para lo qual es muy a propoſito la *deciſ.*65. *de Mario Giurba num.*19.ibi:*Aut porrecto libello* SVPER IVRE VNIVERSALI , *petiti expreſsi ſunt fructus quorum condemnationem,ſi omiſerit iudex,per eandem tamen actionem diuerſo in iu-*

dicio

dicio peti possent quasi universale ius plene restitutum non sit ad textum in l. Marito. §. fin. ff. soluto matrim. l. si proprietati, ff. de iur. dotium, & notat in specie Barbos. in rubric. part. 3. ff. eodem, num. 62. Marta in eadem rubric. q. 14. num. 8. y en estos terminos es copiosissima, y doctissima la alegacion del señor D. Iuan de Solorçano tom. 2. de Indiar. gubern. lib. 2. cap. 29. num. 40. & seqq. a donde con muchas autoridades resuelue, que es necessario nueuo juyzio, aunque el que antes se huuiesse intentado aya sido vniuersal. Y teniendo esta doctrina tan grandes fundamentos no sabemos, como se pueda pretender que vn juez executor se aya de estender a lo que no està juzgado, ni le està cometido, y que si oy quisiesse intentarlo en el Consejo don Fernando de Toledo no huuiera de ser admitido, ni oido, auiendo passado los seis meses desde la muerte de don Francisco Zapata padre de don Luis, que despues acà los ha posseido, y possee continuamente por diferentes titulos. Demas de que tratandose de la execucion de sentencia que solamente se refiere a los bienes expressados en la fundacion de 512. las palabras della se auian de entender, secundum se, non autem secundum libellum, ex his quæ diximus nostra prima allegat. à nu. 43. y demas de lo que en ella alegamos prueuan esta conclusion, Bart. in l. Paulus, n. 2. ff. de re iudicat. & in l. 1 num. 2. vers. Nam verba, C. si plures vna sententia, per textum ibi, y esta dotrina siguio Alexand. in l. a Diuo Pio, § si pignora, num. 10. ff. de re iudicata, Boerio q. 59. n. 8. Menoch. cons. 110. num. 47.

247 Menos obsta la doctrina de Mier. 1. p. de maiorat. q. 11. num. 41. segun la mas nueua impression, a donde habla de la subrogacion, y parece que funda que en virtud della se ha de tener por vna misma cosa, que aquello en cuyo lugar se subroga por la comun conclusion de que subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur; porque el mismo Mieres ibidem, desde el num. 50. en esta materia de mayorazgos defiende la contraria opinion, limitando, y declarando la regla, de manera, que no nos puede prejudicar en cosa alguna lo que escriuio, y fundò en los numeros antecedentes, y en el num. 57. dize a nuestro proposito estas palabras, ibi: Et subrogatum non sapit naturam subrogati, vbi augmentum, vel diminutio facta est, alegando a Calcaneo, y Decio in locis ibi relatis, y mas en terminos, que en el juyzio de tenuta no se pueda tratar desto, lo resuelue el mismo Mier. ibidem num. 83.

248 Contentandose solo con estas dos autoridades, y con otras vulgares, de los efetos que causa la subrogacion, à que no necessitamos de responder por ser el punto principal auer sido necessario pedimiento de los subrogados sentencia, y liquidacion, que todo ha faltado en este caso, como se ha dicho, desde el num. 288. hasta el 294. se trata en la informacion contraria de probar que la jurisdicion, diezmos, tercias, y alcaualas, siempre ha estado subrogadas en el mayorazgo de 512. siendo assi, que aun quando esto fuesse cierto, que no es, no le bastara, como tenemos probado.

249 Demas de que por no constar en el hecho de lo que se alega para su comprobacion solo se valen de presunciones, siendo assi, que a don Luis le assisten euidencias para lo contrario.

250 Lo primero, porque en el mismo assiento de la compra de la dicha jurisdicion, se dixo expressamente que su Magestad lo vendia para don Luis, abuelo del que litiga, y sus herederos, y succellores, como se aduirtio en nuestra informacion. num. 87.

Lo

 157

251 Lo *segundo*, porque la facultad de que se valen solo fue para vender bienes de su mayorazgo, sin señalar de qual fuessen, que es lo mismo que si se huuiera dicho para vender, ò empeñar bienes vinculados, y el dicho don Luis estaua posseyendo muchos por diferentes fundaciones.

252 Lo *tercero*, porque con esta misma generalidad hablaron todas las demas pretensas facultades, sin que en ellas, ni en ninguna venta de quantos bienes se vendieron en su virtud, se diga que eran de la fundacion de 512. ni del mayorazgo fundado por los dichos señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, ni tampoco pudiera dezirse, siendo assi, que los bienes que se vendieron, ninguno dellos fue de la dicha fundacion, ni mayorazgo, como se dixo en nuestra informacion, desde el *num.* 76. hasta el 82.

253 Y assi es de aduertir, que no, porque en las dichas facultades, ventas, y assiento para la compra de la dicha jurisdicion se aya puesto en diferentes partes la palabra de su mayorazgo, y del dicho mayorazgo ninguna apela al que fundaron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, assi por no hazerse mencion del en parte alguna, como por resistirlo la verdad que de todo ello consta.

254 Y aunque en el memorial del pleito se ha puesto por cabeça el mayorazgo de 512. y consecutiuamente las dichas facultades, con las palabras del dicho mayorazgo, no se refieren a el, si no a la relacion que se pretende hizo don Luis de su mayorazgo, sin expressar qual fuesse al darse las dichas facultades.

255 Desde el *num.* 294. hasta el 308. se entretienen en la informacion contraria, en persuadir que se hizo la subrogacion en el mayorzgo de 512. de la jurisdicion, diezmos, tercias, y alcaualas, y todas las conclusiones, y autoridades que se aplican a este intento son con tres presupuestos.

256 El vno, que don Luis Zapata comprò para el mayorazgo de 512. estos bienes.

257 El *segundo*, que para la compra dellos vendio otros que eran de la fundacion de 512.

258 El *tercero*, que subrogò todo lo que adquiriò por la dicha compra en el mayorazgo de 512.

259 Y todos estos tres presupuestos, son inciertos en el hecho, y consta de lo contrario en el pleito.

260 Porque en el primero està aduertido en nuestra informacion, *num.* 87. que don Luis comprò para si, y sus herederos, *mem. num.* 114. 115. 705. 706. y 708.

261 Y en el segundo està tambien prouado en nuestra informacion, desde el *num.* 76. hasta el 82. que ningunos de los bienes que se vendieron, fueron de la dicha fundacion de 512.

262 Y en el tercero, demas de no auer sido las que se pretenden facultades bastantes para la subrogacion assi por sus defetos, y calidades, y auerse excedido de lo dispuesto en ellas, de que se tratò en nuestra informacion desde el *num.* 82. no se hallarà que D. Luis hiziesse la subrogacion que en contrario se pretende, porque aunque en las facultades se huuiesse dicho que se dauan para incorporar en el mayorazgo, ni en ellas se refiere, que este mayorazo sea de 512. como se ha aduertido; y aunque lo dixessen con esta especialidad, no

O auien-

auiendo hecho la subrogacion don Luis no pudieron obrar perfeccion sin su voluntad: *Quia deuent simul concurrere potestas, & voluntas, non vnum sine alio, l. multum interest, C. si quis alteri, vel sibi, cap. cum supra de offic. de legati, vbi glos. verb. mutus, Castill. lib. 4. cap. 5. nu. 1.* y en terminos de facultad, que por si sola no obre cosa alguna, sin la disposicion de aquel, en cuyo fauor se dio, *Dom. Molin. lib. 2. cap. 7. nu. 70. & ibi Additionatores, & lib. 4. c. 3. num. 25.*

263 Y no se necessitaua de hazer demonstracion, de la incertidumbre deste tercero presupuesto, siendo assi que faltan los dos primeros; pues aunque huuiera auido subrogacion de don Luis, no puede ser al mayorazgo de 512. de q̃ no vẽdio bienes algunos, como se ha dicho.

264 Prætereà, se responde a los *num.* 309. 310. en que se pretende, que por el poder que se dize dio el dicho don Luis Zapata a Francisco Zapata su criado, se hizo la dicha subrogacion al mayorazgo de 512.

265 Lo *primero*, que el instrumento cõ que esto se quiere acreditar, està redarguido de falso por don Luis Zapata, *mem. num.* y no comprouado por don Fernando.

266 Lo *segundo*, que el poder fue limitado para vender la mitad de la dehessa de Domingo Dauid, y en su lugar subrogar la jurisdicion, diezmos, tercias, y alcaualas en el mayorazgo, segun, y como estaua la dha dehessa, *mem. nu.* y como se prouò en el *num.* 77. de nuestra informacion, esta dehessa no fue de la fundaciõ de 512.

267 A los numeros 311. y 312. està respondido en nuestra informacion en el *num.* 79. y 86. en que se hizo clara demostracion, que de la imposicion del censo de Fernando Contador, no solo se puede aprouechar don Fernando, si no que en las clausulas que en ella parece se pusieron, se expressò no auer hecho subrogacion don Luis Zapata, si no es entretanto que los redimia, vt patet, ibi: *Entre tanto que los redima, incorporaua otra tanta renta en el dicho mayorazgo*, con que auiendole redimido, quedò libre dèl, como el mismo don Luis lo declarò, *mem. num.*

268 Y es de notar la illacion que se haze en los dichos numeros, de que de la misma manera que se hizo la subrogacion por la escritura del dho censo, se ha de entender se haria en las demas partidas, de ventas, y censos antecedentes, pues quãdo se huuiera de gouernar este punto, por consequencias imaginarias, no le podia estar mal a don Luis, la que por don Fernando se haze; porque de la misma manera que no se puede considerar subrogacion, por la escritura de Fernando Contador, estando redimido, como se ha dicho, lo mismo sucede en todos los demas que estan redimidos, *vt diximus in nostra allegat. num.* 79.

269 Al *num.* 313. en que se dize, que don Francisco Zapata, padre de D. Luis q̃ litiga, posseyò la jurisdiciõ, diezmos, tercias, y alcaualas, por titulo de mayorazgo, y que lo mismo pretende don Luis, se responde, que ni el vno, ni el otro han confessado, ni posseido los dichos bienes por el titulo de la fundacion de 512. ni contra esto se puede inferir cosa alguna de la peticion que se dize presentò el dicho don Francisco, porque solo dixo que los posseia por los mayorazgos q̃ auia fundado el señor Luis Zapata su bisabuelo, y el Comendador su abuelo, *mem. nu.* ni tampoco don Luis los pretende por el dicho titulo, pues antes el pleito que sigue es, sobre que no fueron, ni son vinculados por la escritura de 30. de Junio,

mo, y que o ya le conſideren por dichos bienes, o por de mayorazgo por otras fundaciones diferentes, no pueden pertenecer a don Fernando. 158

270 Deſde el *num.* 314. haſta 319. ſe trata de fundar, q̃ la mitad de la deheſſa de Domingo Dauid, aunque no ſe expreſsò en la eſcritura de 512. fue propia del ſeñor Luis Zapata, y nos baſtaua eſta confeſsion, de que no ſe comprehendiò en la dicha fundacion; y todos los medios que ſe proponen para prouar que fue ſuya, aſsi por la declaracion del teſtamento que hizo en el año de 522. como por el del Comendador, eſtan deſvanecidos en nueſtra informacion deſde el *num.* 77.

271 Y menos ſuſtancia ſe puede ſacar de que en la eſcritura de venta que hizo Franciſco Zapata, criado del dicho don Luis, de la mitad de la dicha deheſſa, hizieſſe la relacion que ſe refiere en el *num.* 317. de la informacion contraria; porq̃ el dicho Franciſco Zapata, no tuuo poder, quando fuese cierto, mas que para la venta de la dicha deheſſa; el qual haſta aora no ſe ſacò en el memorial, y aora ſe pone en la vltima adicion, y aſsi ſe comprueua que la relacion que hizo fue ſin poder para ello imaginaria, con que no puede ſer de algun perjuizio.

272 A los numeros 320. haſta el 325. eſtà reſpondido con lo que dexamos fundado ſup. *deſde el num.* 250. *con los ſiguientes.*

273 Deſde el *num.* 325. ſe quiere dar a entender, que la redempcion de los cẽſos ſe hizo con bienes del mayorazgo de 512.

274 Y a lo que ſe dize en el *num.* 327. para comprouacion deſte intento, eſtà reſpondido ſup. *num.* 200

275 Y al 328. ſup. *num.* 197

276 Y al 329. tambien eſtà reſpondido ſup. n.º 162 usque ad 167

277 Y lo que ſe dize deſde el *num.* 330. haſta el 333. no neceſsita de reſpueſta, por no ſer cierto lo que ſe afirma, y reduzirſe todo a vnas ilaciones de imaginacion, de que no conſta coſa alguna en el pleito.

278 Deſde el *n.* 334. haſta el 338. ſe dize q̃ era meneſter auer tomado ceſsiõ al tiẽpo de la redempcion de los cẽſos, y no nos detenemos en apurar queſtion tan agena deſte caſo: porque eſto ſe requiere quando ſe trata de pedir otra tanta cantidad a los ſuceſſores del mayorazgo, que es en el que hablò el ſeñor Molina, *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 27. alegado en contrario, *& ibi Additionatores.* Y eſta no es nueſtra eſpecie, adonde ſolo ſe trata de inquirir, ſi el mayorazgo de quinientos y dozeſtà grauado actualmente con cenſos, en cuya cantidad, y lugar pudieſſe introduzirſe don Fernando, *para que el executor le dieſſe parte en dicha juriſdicion, y demas derechos*; y hallandoſe deſvanecido eſte intento; y no teniendo menoſcabo alguno, en poca, ni en mucha cantidad, como auemos dicho, ni auiendo cauſa para que ſe le pidan reditos, por eſtar redimidos todos los cenſos, no tiene accion alguna don Fernando, que nos puede ſeruir eſta reſpueſta para el caſo, y juizio en q̃ ſe pueda tratar de ſubrogados.

279 A lo que ſe dize deſde el *num.* 340. haſta el 345. ſe reſponde, con que no tiene fundamento lo que ſe pretende esforçar de que la tranſacion, que ſe hizo cõ ſu Mageſtad el año de 1565. fue atento a la leſion, que auia auido en la compra de la juriſdicion, diezmos, tercias, y alcaualas; porque ni don Luis probò la leſsion, ni aun ſe ofreciò a probarla, y aſsi no ſe puede conſiderar, que el Fiſco ſin prueua, ni ſentencia remitieſſe cantidad tan grande por la dicha tranſacion, y la cauſa principal que huuo, para que ſe hizieſſe, fue el reſquentro del valor de las eſcriuanias: que

que tenia don Luis Zapata, sin el qual no tendria efeto la transacion por auerse puesto por cõdicion el dicho resquentro, *mem.n.*143. ibi: *Con tanto, que el dicho don Luis aya de renunciar, y renuncie, desde luego en su Magestad, y en la Corona Real destos Reynos todo el derecho, y recurso que tiene, ò puede tener en qualquier manera por la escriuania del Iuzgado de la villa de Estepa, &c.*

280 Y no obsta dezir, que estas escriuanias tenian muy poco valor por auer las dexado a don Luis Zapata el Comendador su padre, en parte de pago de la dote de su madre en cinco mil ducados, porque el dicho Comendador no dixo, que no valian mas desta cantidad, sino que se le dexauan en parte de pago de la dicha dote, y pudierõ valer mucho mas, porq̃ desde el año de 43. que se las dexò, hasta el de 65. en que se hizo cõn ellas pagò a su Magestad passaron 22. años, y pudo crecer el valor en gran suma, assi por el trancurso del tiempo, como por los nueuos derechos, imposiciones, portazgos, y otros que se acrecieron, y en fin està probado por don Luis, que entonces valian las dichas escriuanias, tanto y mas, que lo que se remitio por la transacion, *mem.num.*408 sin auerse articulado, ni probado en contrario cosa alguna.

281 Y con lo que se sale de toda duda, y se conuence quan sin fundamento es la pretension de don Fernando, y inciertos todos los medios, de que se ha valido en su informacion, es con la misma transacion que se hizo con su Magestad, pues expressamente se dixo en ella que se hazia la remission de los 8.qs.242U746. mrs. para don Luis, y sus herederos, *mem.num.*143. ibi: *Para que no le sean pedidos, ni demandados todos, ni cosa alguna, ni parte dellos a èl, ni a sus herederos*, & inferius: *Para que tampoco por lo que a el tocase le pueda pedir, ni pida cosa alguna a èl, ni a sus bienes, ni herederos, ni sucessores*, con que se manifiesta que la dicha remision impropiamente se pretende aplicar que se hizo al mayorazgo.

282 Y es de aduertir, que auiendose hecho la dicha trãsacion el año de 565. seis años despues de la compra de la jurisdicion, &c. todavia conseruaua don Luis el dereho, que por ella se le auia adquirido a el, y a sus herederos, como bienes propios, que despues siempre se ha continuado, que esto bastaua para desvanecer todas las ponderaciones que en contrario se han hecho de que la compra fue para el mayorazgo de 512. y que por este titulo lo ha posseido don Luis.

283 A lo que se dize desde el *num.*347 hasta el 349. no necessitamos de dar respuesta, pues todas las conclusiones que se aplican son con el presupuesto incierto, como hemos probado, *sup.num.*250, 326 de auerse comprado la jurisdicion, y demas derechos para el mayorazgo de 512. y que se pagò cõ bienes vinculados por el, y a lo q̃ se afirma que don Luis, y su padre han repudiado la herẽcia, y defendido los dichos derechos, como bienes de mayorazgo, escusandose cõ esto de pagar a sus acreedores; valiendose para fundar esto de vn traslado de vna peticion presentada por vn procurador de don Francisco en el pleyto de acreedores suyos, y de don Luis Zapata su padre sin constar de poder. *mem.num.* 166. se satisface. Lo vno, que de la dicha peticion, no se puede inducir repudiacion de herencias, ni se podia hazer por procurador no teniendo poder especial para ello, ex *l. Paulus percuratorem, alias percuratorem, de adquirend. hæreditat. & ibi Bart. in summaria.* Lo otro, que con la alegaciõ que hizo, no se escusò de pagar a los acreedores, porque por no auer probado ser todos los bienes de mayorazgo, salio la sentencia en fauor de los acreedores contra los bienes del dicho don Francisco, y su padre,

Poder especial

assi

assi de mayorazgo,como libres sin hazer distincion de quales eran vinculados, ò libres,como consta de la sentencia que no se ha sacado al memorial,por cuya causa el Consejo remitio a don Gaspar Aponte administrador de la primera tenuta el hazer pago a los acreedores en esta conformidad,*mem.num.*81.*fol.*206. y don Luis Zapata no ha repudiado la herencia,ni tal ay en el pleyto,y antes con juramento tiene dicho lo contrario,*mem.num.*779.

284 Y vltimamente con el mismo argumento,que se haze en el *num.*350.de la informacion contraria se acredita el derecho de don Luis,pues siendo el que tiene dō Fernando no liquidò,ni cierto no puede auer fundamento, para que se le despoje destos bienes,que desde antes que muriese su padre hasta oy los ha estado,y està posseyendo, sin que en los juyzios, que ha auido de tenuta, se ayan sequestrado;y lo que mas es, que don Luis tiene en su fauor tantas executorias, y prouisiones del Consejo,para que no se administrassen mas bienes que los contenidos,y expressados en el mayorazgo de 30,de Iunio, de quibus supra *num.*6 cum seqq. mandandolo indiuidualmente en la dicha jurisdicion,y demas derechos,*mem.nū.* 362 de los 8 pliegos añadidos y assi bien se reconoce quan vana es la pretension de don Fernando en querer aora renouar lo mismo en que està vencido tantas vezes.

RESPVESTA.

A lo que se dize sobre los bienes auices.

285 Desde el *num.*351.hasta el 354.fol.41.de la informacion contraria se refiere por menor el hecho del pleyto,en quanto a estos bienes,y por mas que se ha querido estender quando en la verdad fuesse,como por dō Fernādo se representa aun no puede tener alguna entrada el derecho que pretende a los dichos bienes.

286 Porque es sin duda que no fueron del señor Luis Zapata,sino que los adquirio despues de su muerte el Comendador su hijo el año de 536.por dos escrituras de censo perpetuo con decima,y comisso,y con las demas condiciones, *mem. num.*56.104.110.con que ni aun el Comendador los pudo vincular por estar sugetos a los dichos censos perpetuos,y condiciones,en que se reseruò a las Iglesias el directo dominio por sus contractos,ni las vinculò,como consta de su disposiciō.

287 Y aunque desde el *num.*354.se dize,que en el pleyto que tuuo con el Arçobispo de Granada,y las Iglesias,articulò,que los dichos bienes los tuuo el señor Luis Zapata por ventas,y mercedes que le hizieron los señores Reyes don Fernando,y doña Isabel,y que despues de su muerte los posseyò el comendador por bienes propios suyos,y que en esta conformidad lo prouò.

288 Se responde.Lo *primero*,que esto no lo articulò el Comendador, que estaua en Llerena en el tiempo deste pleyto,como consta de la citacion que se le hizo para el,*mem.num.*55.y del pleyto que no se sacò en el memorial,ni por persona que tuuiesse poder suyo.

289 Lo *segundo*,que quando lo huuiesse articulado el Comendador en aquel pleyto no podia causar perjuyzio en este,ex his quæ diximus in nostra prima allegatione,*num.*102.

290 Lo *tercero*, que lo que se dize articulò, no fue que eran de mayorazgo, y antes se dixo que eran bienes propios del Comendador.

300 Lo *quarto*, que aunque se articulasse que los auia posseìdo de 37. años à aquella parte, ninguno de los testigos lo dixo, ni cosa alguna de la imemorial, si no antes depusieron dos de tiempo de tres años, otro de 14. y otro de ocho. Y vno q̃ depone de veinte, que es Francisco Hernandez en la tercera pregunta dize: Que ha visto de tres, ò quatro años q̃ en nõbre del Arçobispo de Granada, è Iglesias, se arrendò a Diego de Oz, Vicario de la dicha Taha, por precio de 6. escudos de oro cada año, todos los auices que hallasse en la dicha Taha, que despues porque no tuuiesse entrada, ni salida en los dichos bienes de auices, el dicho Vicario, que se los arrendò Andres de Castrejon, Alcaide de Albuñol en la dicha Taha por el dicho Comendador Zapata por el dicho precio de 6. ducados cada año, y a lo que se quiere acordar, se los pagò.

301 Y quando se huuiera articulado, y prouado la possession de 37. años, tampoco pudiera causar perjuizio, siendo contrario a los instrumentos que presentò el Arçobispo, por donde constò ser estos bienes auices, pertenecientes a las Iglesias, q̃ por ser tan ciertos le obligò al Comẽdador tomarlos a cẽso, auiendose rematado en el, como en mayor ponedor despues de auerse traido al pregon, *mem. num.* 56.

302 Lo *quinto*, que bien se reconoce no ser cierto, que los dichos bienes los tuuo el señor Luis Zapata, por ventas, ni mercedes, de dhos señores Reyes, pues si esto fuera assi, no se intentara prouar por testigos de tan poca sustancia, siendo tã facil presentar las compras, ò mercedes que si se huuiessen hecho, fueran tan cercanas al tiempo del pleito, ni tampoco se allanaria el Comendador a comprarlos de las Iglesias, ni huuieran andado al pregon, para rematarse en el mayor ponedor, como se hizo.

303 A lo que se dize en el segundo *num.* 349. fol. 40. de las dos escrituras del año de 536. que son por donde adquiriò el Comendador los dichos bienes, otorgadas en virtud de su poder, se responde, con que en ellas mismas estriua el fundamento de don Luis, y exclusion de la pretension de don Fernando, pues se dixo expressamente que se comprauan para el dicho Comendador, y sus herederos, obligando sus bienes libres.

304 Y de las palabras que se ponderan en el dicho *nu.* que se pusieron en vna de las dichas escrituras despues del otorgamiento, y fecha, como consta *mem. añadido, fol.* 283. B. no se puede inferir cosa de sustancia cõtra el derecho de D. Luis, demas que el auerlas dicho Alonso Perez Zapata, que otorgò la escritura en virtud de poder del Comendador, tampoco podia causar perjuizio, porque como del poder consta inserto en la dicha escritura, no le tuuo para hazer la dicha relacion de apartamiento del pleito.

305 Desde el segundo *num.* 350. hasta el 354. *fol.* 40. B. & 41. se hazen muchas ponderaciones en vn testimonio, que aora nueuamente ha presentado don Fernando.

30 A que se satisfaze: *Lo primero*, que antes del mismo testimonio se descubre la verdad del hecho, de que los bienes auices nunca fueron del señor Luis Zapata, si no propios de las Iglesias, y como tales comprados por el Comendador.

Lo

 160

307 Lo *vno*, porque en el principio del dho testimonio, se dize, se dio librança contra don Francisco Zapata, y sus bienes, y herederos del Estado del Cehel de 721264. marauedis de reditos de los dichos censos.

308 Lo *otro*, porque en el mismo reconocimiento q̃ hizo el dicho don Francisco Zapata, de que se vale la parte contraria, dixo, que el Comendador compró los bienes auices que tenia las Iglesias cō los censos emphiteuticos, y dominio directo, confessandolo, y reconociendolo assi, y refiriendose a las dos escrituras de los censos, *de quibus sup. num.* 286 que esto bastara por respuesta, y satisfació a las sutileças con que se quiere dar a entender que estos Auices fueron del señor Luis Zapata, y de doña *Maria* de Chaues su muger, vinculados por la escritura del año de 1512.

309 Lo *otro*, porque por ser esto constante en la obligacion que hizo en el dicho reconocimiento a pagar 180. ducados de corridos de los dichos censos, libró su satisfacion a las Iglesias en sus propios bienes, y rentas que estauan en administracion en el santo Oficio, para hazer pago a los acreedores de don Luis Zapata su padre, y suyos que lo eran assi a los bienes libres, como de mayorazgo, *mem. nu.* 815. y en la obligació del reconocimiẽto, para lo de adelante puso esta clausula. *Otrosi demas de lo qual el dicho don Francisco Zapata Portocarrero, como tal tenedor, y posseedor de los dichos lugares del Cehel, y Albuñol, y de los demas de la dicha Taha, è mayorazgo, desde luego por si, y en nombre de sus herederos, y sucessores presentes, è por venir, y por lo que del, ù dellos huuiere causa, titulo, voz, y razon en qualquier manera, otorgò, y conoció a las dichas Iglesias, y a quien por ellas fuere parte, por señoras de los dichos bienes auices, en quanto al dominio directo, y de los dichos dos censos, que por ellos le paga, &c.* Y mas abaxo, *con los quales corren por el susodicho, y sus bienes, y herederos desde primero dia del mes de Enero que passò deste presente año*, y en otras partes repite la palabra, *herederos.*

310 Lo *segundo*, que a reconocimientos, y palabras tan claras como estas, dichas por el mismo don Francisco Zapata, y escrituras hechas con tanto acuerdo, con parecer de sus Abogados, como se dize en el dicho testimonio, no puedē causar perjuizio las palabras de la peticion presentada antes que se ponderan en el *num.* 350. *fol.* 40. B. hecha por vn Procurador, y sin constar que tuuiesse poder.

311 Lo *tercero*, que con la misma facilidad se responde a las palabras que se refieren en el *n.* 351. en el principio que no se dizen, como ellas son, y quedan trasladadas a la letra sup. *nu.* 309 y de las vltimas no se puede inferir, que el desquento que se le hizo a don Francisco Zapata, de los 9. años de reditos de los 18. que se le pedian, fuesse por estar incorporados los bienes en el mayorazgo, pues ni esto era cierto, ni era causa para obligar a desquento; y la que huuo, y se refiere en el dho testimonio, y decreto del Arçobispo, que dio motiuo a la baxa de los dichos reditos, fue por no auer goçado don Francisco de los frutos de los dichos bienes, desde el año del alçamiento de los Moriscos, y auerse en el despoblado, quemado, y destruido los lugares de la Taha del Cehel, como se prueua de las palabras del dicho decreto, ibi: *Por las causas, y razones en que se funda, las quales son bastantes, para q̃ del dicho don Frācisco, no se cobren los años primeros desde el alçamiẽto, hasta q̃ la tierra se poblò.*

312 A lo que se dize al *num.* 353. se responde, que con mucha llaneça se afirma que don Luis se opuso al pleito q̃ se seguia por parte de las Iglesias, por los reditos de algunos años q̃ se le pedian, y q̃ presentò vna peticion, en que se entretiene mu-

mucho el Abogado contrario, refiriendo por menor sus palabras, y como consta del dicho testimonio este llamado pleyto executiuo se siguio en virtud de las escrituras de censo referidas, y la dicha peticion la presentò Baltasar Sanchez de Palma, el qual no tenia poder de don Luis, y a vna citacion que se le hizo en el dicho pleyto, dixo, que no se acuerda auer sido, ni ser parte para el pleyto, y assi pide se notifique, a quien lo fuere, y protesta no le para perjuyzio.

313 Y bien se reconoce el vano fundamento de la pretension de don Fernando; pues estriua en vna peticion de que tampoco caso se deue hazer, aun quando fuera de procurador de don Luis, y con poder para defenderle en el dicho pleyto, porque nunca se podia entender que le auia de dar, para que en su nombre dixesse en Granada que los bienes auices eran del mayorazgo de 512. estando en esta Corte litigando lo cõtrario en el mismo tiẽpo, pidiendo desembargo dellos en el Consejo, como con efeto se le dio en contraditorio juyzio por executoria, y teniendo auto de la Chancilleria en su fauor, que passò en cosa juzgada, en que declarò q̃ excedio el executor en mandar dar possessiona don Fernando el difunto de dichos bienes auices por no se comprehender en la dicha fundacion de 512. *mem.num.*211. y que aunque don Fernando se agrauiò en el Consejo del dicho auto de la Chancilleria por autos de vista, y reuista, quedo calificado, declarando no tener obligacion don Luis a responder, como queda dicho, *supr.num.*

314 Y a lo que se dize en el dicho *num.*353. que se hizo informacion con algunos testigos que depusieron lo mismo que la peticion se responde, que quando faltaran los fundamentos referidos que son inuencibles por auerse hecho en vn juyzio nulo los testigos que se examinaron en la dicha informacion, como consta del dicho testimonio lo que dizen es, que los bienes auices, tocan a las Iglesias del Cehel, y que pertenecia la paga dellos a la hazienda que administraua don Antonio Vazquez por comprehenderse en lo que estaua entonces administrando todos los censos perpetuos, suertes, o casas, y demas tierras, y morales del, sin embargo de que don Luis estaua pretendiendo que le pertenecian muchos de los bienes que administraua dicho don Antonio, y que assi no estando gozando don Luis (entonces) los bienes auices, no deuia pagar los censos dellos, y en esta cõformidad dizen todos los testigos de la dicha informacion.

315 Y de sus deposiciones se sacã dos cosas. La *vna*, q̃ los dichos bienes auices eran de las Iglesias. La *otra*, que estos bienes estauan comprehendidos en las tierras, suertes, morales, y marjales, que don Francisco Zapata dio a censos en la Taha del Gehel, los quales se auia introducido a cobrar el dicho don Antonio excediendo de su comission, como despues se declarò por el Consejo por autos de vista, y reuista, *mem.num.*748.

316 Y el auer salido sentencia en el dicho pleyto por los Iuezes de la Cruzada, que es de la que se valen en el *num.*354. y se ponderan en el sus palabras, dellas mismas se manifiesta la justicia de don Luis. Lo *vno*, porque de auerse dicho en ellas, que Francisco Zapata vnio, y aumentò los bienes auices, no se sigue que ayã de pertenecer a don Fernando no pudiendo tener derecho a los acrecentados, como se ha dicho. Lo *otro*, porque este aumento, o vnion, que se presupuso, fue imaginario, pues no se hallarà que estos bienes auices, se huuiessen acrecentado por nin-

ninguna disposicion,ni podido hazerse,como queda aduertido,sup *num*.286. y el auerse dicho en la sentencia,que se entendiesse la execucion contra los bienes de la fundacion de 512.fue por hallarse entonces,que se estauan administrando por el dicho don Antonio Vazquez,y que seria injusto que don Luis pagasse los censos de los bienes auices,estando cobrando el dicho administrador los censos de la Taha del Cehel,en que estan inclusos,como queda dicho, los bienes que tomò el Comendador de las dichas Iglesias.

317 De que resulta,que de todo lo que cõtiene el dicho testimonio, de que don Fernando se vale, que es lo que se ha referido no solo se puede inducir cosa alguna en su fauor, sino que antes es contrario a su pretension,y se prueua por èl lo alegado por don Luis,y por ser esto asi,y que no se conociesse lo que en el se refiere,se valio dèl en su informacion, ponderandole en ella,y finguiendolo a su intento,sin presentarle enel pleyto,hasta seis meses despues de dada la informacion, sin auerle nunca querido sacar al memorial.

318 Desde el *num*.355.se prosigue en la informacion contraria, despues de auer supuesto el hecho,que en ella se refiere.

316 Y a lo que se dize en el *num*.356.de estar comprehendidos todos los bienes del Estado del Cehel en la fundacion de 512.esta respondido,supr.*n*. 66. cum seqq.& in alijs locis.

319 Y a los *num* 357.y358.tambien està respondido,sup.*nu*.287.cum seqq.

320 Y lo que se dize desde el *num*.359.hasta el 364.que el Comendador no pudo prejudicar a los sucessores en el mayorazgo de 512.con las escrituras de cẽsos que otorgò,no obliga a dilatar mas este discurso en responder a las autoridades,y conclusiones que se aplican,y nos basta para el conocimiento de qualquier ponderacion.

321 Lo *vno*,q̃ no se puede considerar perjuyzio de los sucessores del mayorazgo de 512.en hazerse las dichas escrituras quãdo por ningũ medio estauã,ni està calificado,que los bienes auices perteneciessen a los señores Luis Zapata,y doña Maria de Chaues su muger,como està dicho,sino que antes era claro, y constante el derecho de las Iglesias a ellos por tãtos instrumẽtos, y comprobaciones.

322 Lo *otro*,que si don Fernando pretende los bienes auices por causa de la dicha fundacion ha de mostrar titulo particular,que ni le huuo,ni le ay por donde verifique auerlos adquirido los dichos fundadores, y vinculado en ella bienes auices.

323 Lo *otro*,que auiendolos adquirido el Comendador Francisco Zapata, y posseidolos don Luis Zapata su hijo,y dõ Francisco Zapata su nieto,y estandolos posseyendo don Luis,y todos en virtud de las dichas escrituras,y de tantas executorias,que en consideracion de su derecho claro,ha obtenido,no es posible, que en vn juyzio de la execucion de la carta executoria limitada al mayorazgo de 512.aya fundamento para obtener contra estos titulos de don Luis con solo la imaginacion de don Fernando de que los dichos bienes los tenian, y vincularon en la dicha fundaciõ,los señores Luis Zapata,y doña Maria de Chaues su muger.

324 A lo que se dize en el *num*. 364. que don Luis Zapata, que oy litiga, no es heredero de don Francisco Zapata su padre,y que ni este lo fue de don Luis Zapata,ni del Comendador Francisco Zapata su abuelo,se responde: Que quan-

do todo esto que se alega fuera cierto, que se niega, don Fernando Toledo no pue de vencer a don Luis, sino es por derecho propio suyo comprehendido, y declarado en la carta executoria, y no por falta de derecho de don Luis, que quando se hallara injusto posseedor, bastara para excluir a don Fernando de Toledo, ex *dict. l. fin. C. de rei vendicat.*

325 Demas, que la peticion de que se vale la parte contraria en el *num.* 350. se presentò por vn procurador en nombre de don Francisco Zapata con falta de poder, y indubitable error, y la herencia no se puede repudiar, ni aceptar por procurador, sino es con poder especial, *dict. l. Paulus percuratorem. aliàs percuratorẽ, ff. de adquirend. hæredit.*

326 Y antes consta, que don Francisco Zapata cõseruandose en el derecho q̃ tenia a los bienes auices, como bienes libres en la escritura de reconocimiento que hizo de los dichos censos, obligò a sus bienes, y herederos, y pagò los 18. años de los reditos corridos dellos de sus bienes propios, como està aduertido, supra *n.* 307. & 399.

327 Y en quanto a que don Luis no es heredero de don Francisco Zapata su padre se padece error, pues antes ha dicho, y declarado con juramento, que es heredero, *mem. num.* 779.

328 Y al *num.* 365. està respondido, supra à *num.* 308.

329 Y al 366. y 367. està satisfecho, supra *num.* 313. cum seqq.

330 Al *num.* 369. en que se dize, que por la confusion destos bienes auices con los demas de mayorazgo, le pertenecen a don Fernando, se responde, que esta confusion solo se puede atribuir a la que se ha pretendido hazer en la informacion de don Fernando, en cosa que es tan clara, porque por los apeos que se hizieron en el año de 528. consta con distincion de los bienes que fueron auices en los lugares que se apearon por cantidades por menor, de marjales, y numero cierto, de morales, casas, y solares, y linderos, *mem. num.* 546. hasta 699. y quando huuiera alguna confusion, esta no causara titulo a don Fernando.

331 Demas que quien entra con la confusion, es don Fernando, pues ni ha alegado, articulado, ni probado por testigos, ni instrumẽtos, las alquerias, hazas, morales, y marjales, que los fundadores tenian, y vincularon en la fundacion de 512. y don Luis se halla con titulo patente, y apeos judiciales.

332 Y no es buena la consequencia, que en el dicho *num.* 369. se haze, de que estos bienes son de poca consideracion por auer impuesto el Comendador censo de 20. ducados en cada vn año; porque en aquel tiempo esta cantidad se tenia por tan grande, que con ella se pudieran auer adquirido bienes de mayor valor, y que sean de mucha, ò poca consideracion no perturba el derecho de don Luis.

333 Y tambien es de aduertir la confusion, que se introduce en el dicho *num.* 369. de que don Fernando està pagando oy los censos, como posseedor del mayorazgo fundado en el año de 512. siendo assi, que està pretendiendo tomar possession de los bienes del Reyno de Granada, y no posseyẽdo, como no possee, como le pueden pedir, ni el pagar los censos, que dize està pagando? y si se vale de que el administrador don Antonio Vazquez, consintiò en que las Iglesias cobrassen algunos reditos de los bienes q̃ administraua entõces, se responde, q̃ estaua administrando (aunq̃ sin comission para ello) todos los censos del Estado del Cehel, q̃ en

algunos dellos estàn inclusos los bienes auices, y despues en cõtraditorio juyzio por las executorias, que se han referido supra *num.* 313. se le mandaron desembargar a don Luis; y en virtud dellas las està posseyendo, *mem. num.* 745. y 748. 162

374 De todo lo dicho se sigue el conocimiento de las vanas, y injustas pretensiones de don Fernando de Toledo, y que su intencion ha sido solamente fatigar con molestias, y costas a don Luis Zapata, impiendole que prosiga el pleyto en la propiedad que en la Chancilleria està contestado de treze años a esta parte por don Fernando Zapata difunto, y por la parte contraria, y que todos los fundamentos de que se vale son impropios, y estraños deste juyzio, y de muchas conclusiones inciertas en derecho, y que en el hecho toma por presupuestos lo que es materia deste pleyto, formandolos solo, como le aconseja su conueniencia contra la naturaleza de la causa, y contra tantas cosas juzgadas, en que ha sido vencido, como se ha mostrado indubitablemente, ajustandose don Luis Zapata a lo firme de su defensa, y a las doctrinas seguras que le fauorecen. No estamos en juyzio vniversal de peticion de herencia, ni en otro general que sea capaz de ampliacion. La tenuta se pidio del mayorazgo fundado por los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger No ay otro fundado por estos dos señores, sino el de 30. de Iunio de 512. la prueua fue la escritura desta fundacion, la sentencia se limitò à ella, no puede auer razon; ni fundamento que persuada que la execucion se estienda a mas, y si la liquidacion ha de ser consecutiua, y incidencia, ò dependencia de la setencia, se ha de contentar con guardar estos terminos precisos, sin exceder de ellos, porque seria entrar en vna causa nueua sin pedimiento, sin contestacion, sin prueua, ni sentencia, como a semejante proposito lo considerò el Iurisconsulto singularmente en el *texto non a iudice*, §. 1. *ff. de iudic.* ibi: *Quia de alia re cautum videtur*, ni se podia esperar, que se diesse licencia a vn executor para diferente conocimiento de causa, que el que le fue cometido, siendo assi, que aunque estas pretensiones quisiera introducir en el Consejo don Fernando Zapata si viuiera, hallara impedido el passo, y cerrada la puerta, auiendo passado seis meses despues de la muerte de don Francisco Zapata Puertocarrero, padre de don Luis, por no auer intentado la tenuta de los demas mayorazgos, que ha posseido, y possee don Luis Zapata dentro dellos, como està juzgado tantas vezes contra don Fernando de Toledo, que en su demanda de tenuta procurò inventar esta nouedad, y pedir otros bienes con titulo de agregados, acrecentados, subrogados, y incorporados, a que se declarò en contraditorio juyzio, q̃ don Luis no tenia obligaciõ a respõder, como se ha mostrado indubitablemente en muchas partes deste discurso.

375 Finalmente los Abogados de don Fernando de Toledo, sintiendo que quanto han trabajado mas a fuerça de ingenio, que con sustancia, no se puede lograr, se acogen al mas miserable refugio, que les pudo ofrecer su cõgoja, pues dizen, que siendo el derecho de don Fernando tan claro, como ponderan, no ha de dar lugar el Consejo a nueuo juyzio, y a que aya diferentes pleytos, y ya se vè quanto se adelantan en esta proposicion, y quantas reglas, y conclusiones de derecho pretenden que se ofendan, y atropellen, llamando notorio en su fauor lo que afirmamos que es incierto, y lo en que no se deue conformar juez alguno, como lo aconseja el *Rom. Pontif. in cap. consuluit el* 2. 14. en orden, *de appellationib.* ibi:

SED

SED CVM MVLTA DICANTVR NOTORIA, QVÆ NON SVNT CAVERE DEBES, NE QVOD DVBIVM EST PRO NOTORIO VIDEARIS HABERE: y assi lo esperamos. Salua, &c.

RESPVESTA

A la segunda informacion en derecho.

336 Despues de auerse dado por parte de don Fernando de Toledo informacion en derecho tan dilatada, que cõsta de 373. numeros, 42. fojas casi sin margen, y en cada plana 45. renglones de letra metida, se ha dado segunda, desconfiãdo de la defensa hecha en la primera, y vna, y otra, se han escrito con vista de la que se dio por don Luis Zapata, a que no se ha podido satisfacer, sino es supo niendo en el hecho algunas circunstancias inciertas, y en el derecho, conclusiones, que se conuencen, y retuerçen facilmente sin salir de las mismas doctrinas; y aunque a todo esta cumplidamente satisfecho, y preuenido, assi en nuestra principal informacion, como en esta, para que se conozca la puntualidad de nuestras alegaciones, y la fuerça dellas, y que no es possible turbarlas, sino es suprimiendo parte de lo que se halla escrito en los mismos lugares ha parecido conueniente responder al segundo papel a parte.

337 Para euitar el excesso del executor, se dize *num*. 3. que todos los bienes de que mandò dar possession a don Fernando, son del mayorazgo de 512. y comprehendidos en èl, y en el juyzio de tenuta por lo vniuersal del juyzio, sobre que se remite a lo dicho en su primera informaciõ à *num*. 30. y añade que lo dicho procede, respeto del reconocimiento hecho por don Luis en la respuesta que dio a la demanda de tenuta, diziendo le pertenecia la sucession del mayorazgo, y sus acrecentados a que se ha respondido, sup. *num*. 57. y se conuence del mismo hecho, porque don Luis para obtener, no tenia necessidad de mostrar las fundaciones de los mayorazgos, sino solo insistir en la possession que dellos tenia, y ser hijo legitimo de don Francisco Zapata vltimo posseedor, a quien assisten todas las reglas de la sucession de los mayorazgos regulares, è irregulares, como supone el auerse negado desde su principio el sequestro, *mem. num.* [illegible] no obstante auerse presentado la escritura del año de 12. que tiene la condicion en que don Fernando se funda, a que se acomoda lo que diximos cerca de su inteligencia en nuestra primera alegacion *num*. 69. post medium, donde concluimos auer sido la condicion prelatiua entre los descendientes del vltimo posseedor, y no exclusiua, en competencia de los transuersales. Y el dezirse en el mismo numero de la informacion contraria, que don Luis pidio los acrecentados en virtud de la dicha escritura del año de 512. es suposicion nacida del rendimiento de la otra parte, pues no se mostrara que don Luis pidiesse los acrecentados en fuerça de aquella escritura, ni conforme a derecho, pudiera conseguir los acrecentados, sino fuera presentando las escrituras de agregaciones, ò fundando, como funda de derecho. Y en efeto la sentencia solo corresponde a la demanda puesta por don Fernando, y no a la oposicion de don Luis, y la limitacion al mayorazgo de 12: està califica-

da

da por la sentencia, y por la comission, y por otros muchos autos, vt in nost. 1. aleg. num. 10. & sup. desde el num. 5.

338 En el *num.* 5. y 6. se trata de responder a los que dezimos en nuestra primera informacion en el *num.* 35. cerca de que el titulo de mayorazgo es vniuersal, y no particular, que es constante en la forma que lo dezimos, *dict. num.* 35. mas no que en el pedimiento del mayorazgo vengan los acrecentados, y subrogados, como se muestra desde el *n.* 36. hasta el *n.* 40. dōde cōcluymos con *el señor Molin. d. cap.* 26. *num.* 3. *Quod quandò principaliter rebus maioratus, res aliqua est addita, etiam accessoriè, ita vt res ipsa, ac res maioratus fiat vna atque eadem res adhuc potest per se subsistere, & non sequi maioratus naturam*, y todas quantas doctrinas se alegan, hablan en el juyzio vniuersal, y general, como es *familiæ herciscundæ, seu petitionis hæreditatis peculij, & dotis*; y esto contienen las mismas doctrinas sin salir de las palabras que se refieren en el *num.* 6. de la informacion contraria, y en los vnos, y en los otros, veniunt fructus, que estos son consequtiuos, y para reducir a euidencia la resolucion del señor Luis de Molina, y excluir la cōprehensiō de acrecentados, y agregados, basta ser possible la separacion, y diuision, que cada dia vemos se haze dando a vno el mayorazgo principal, y a otros los bienes agregados.

339 En el *num.* 7. se dize, que los acrecentados no pueden subsistir de por si, sino que la sucession dellos, se ha de regular por la fundacion principal, no se alega, ni es possible alegar quien lo diga; tambien se dize en el mismo *num.* 7. que està duplicado que don Luis tenia obligacion de mostrar fundacion de los bienes agregados, y acrecentados con diferentes llamamientos, en cuya virtud se pudiessen separar; y esto es tan nueuo, que no se dà, ni se darà quien lo diga, porque lo contrario resuelue el señor Luis de Molin. *in loco supr. citato.*

340 En el *n.* 8. se dize que dō Luis tiene reconocido no auer mas de vn mayorazgo de los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues, *mem. num.* 784. donde se refieren las palabras de la peticion en que se dize es sucessor en la casa, y mayorazgo, que los dichos señores instituyeron, de que no se infiere auer confessado don Luis, que no ay otro, ni bastara que lo dixera supuesto, que el hecho està en contrario, y que don Luis no tenia necessidad de mostrar las escrituras para suceder en todos los bienes.

341 En el *num.* 9. se pondera para la comprehension el auto de la Chancilleria, que declarò no excedia el executor, en quanto a los lugares, tierras, y demas bienes de la Taha del Cehel, y tierras de la villa de Motril, porque el presupuesto deste auto, fue ser estos bienes del dicho mayorazgo del año de 512. no como acrecentados, y agregados, sino como comprehendidos en el, y este presupuesto es errado, como se muestra *num.* 65. & 125. cum seqq.

342 En el *num.* 10. se trata de responder a los autos de reserua dados por el Cōsejo, *num.* 735. que por nuestra parte se ponderan, *num.* 5. en que no insistimos remitiendonos a lo que dexamos dicho, supr. *num.* 25.

343 En el *numer.* 13. se trara de satisfacer a lo que dezimos contra las escrituras presentadas en este juyzio de la liquidacion à *numer.* 15. sin reparar en lo que auemos dicho, y fundado plenamente, dict. *num.* 15. 16. 17. & 18. y especialmente *num.* 20. y 57. donde se muestra, que demas de no hazer fee, era necessario que se presentaran en el juyzio de tenuta, y que en el se tratara de la ver

R dad,

163

D. 1 infor 4 n. 86

dad, y substancia de cada disposicion, en particular aun en caso que la sentencia se alargara a los acrecentados, como entre otros que alegamos, dize *Ias. in l. ait praetor, §. si iudex, num. 19. ff. de re iud.* y la limitacion, que en el *n.* 18. se dize callamos, es tã agena del caso, q̃ no es necessario recurir a Ias. sino atender a las palabras, que del mismo se refieren, ibi: *Quod in iudicijs vniuersalibus, & generalibus valeat sententia incerta quae postea in executione certificabitur corã iudice qui habebit exequi*, pues no estamos en juyzio vniuersal, y general, como es el de petitione haereditatis peculijs gregi, & Dotis, sino en el de tenuta, que no es desta calidad, como se ha mostrado, y fuera del caso, muchas limitaciones se daran, que no tenemos obligacion de referir, saliendonos del proposito, como se haze por la otra parte, y los autos en que se declarò no tener obligacion don Luis Zapata de responder a la demanda puesta por don Fernando Zapata, mas que en quanto al mayorazgo de 512. reseruandosele a don Fernando de Toledo el seguir su justicia en el juyzio de la carta executoria, ò segun, y como viesse que le cõuiniesse, se deue entẽder conforme a derecho, hoc est, en quanto a los bienes del mayorazgo de 512. en el juyzio de la liquidacion, mostrando quales son los comprehendidos en el, y en quanto a los agregados, y acrecentados, como viesse que le conuiniesse que es en juyzio ordinario, nam verba sententiae ad intellectum iuris sunt reducenda, *l. miles, §. 1. ff. de re iudicat. cum vulgat.*

344 En el *num.* 20. se rebuelue sobre lo que en el *num.* 58. y 59. de nuestra primera informacion fundamos cerca de la limitacion al año de 12. y la fuerça de la reserua, que por ella hizieron los fundadores para poder acrecentar el dicho mayorazgo, ò reuocarle en todo, ò en parte, diziendo, que esta disposicion perfeta, no obra disposicion perfeta, ni vniforme, ponderando las palabras de la dicha escritura hasta el 69. inclusiue, donde por nuesta parte se concluye, que el fideicomiso, ò mayorazgo se deue pedir, ex noua scriptura referente, & non ex relata, y para esta conclusion alegamos à *Casanat. cons. 56. num. 31. & 32. Fusar. de substitut. q. 498. num. 7.* y no hallandose razon, ni aun aparente exclusiua, ò turbatiua de nuestra proposicion se dize en el *num.* 25. formales palabras, *para lo qual se trae a Casanate cons. 56. num. 31. & miramurque, a vista de la limitacion puesta en el mismo numero, ò en el renglon inmediato a èl, se quiera ofuscar la verdad callandola, porque aunque dict. num. 31. dize Casanate. Quod verborum relatiuorum prior, & genuine significatio est, vt ex referante agatur non ex relato. En el num. 32. limita in haec verba, nisi ex verbis velmente constet voluisse agi ex scritura relata illa ad bona de nouo vinculata prorogando, & extendendo. Y por el testamento del señor Luis Zapata, vt patet ex clausulis relatis, expressamente dispone que quiere, que se suceda por la disposicion de* 512. ibi: *Y con los vinculos, y modos, reglas, y restituciones en el dicho mayorazgo contenidas*: las palabras de nuestra alegacion, y las de la contraria se han referido a la letra, para que con euidencia se conozca nuestra verdad, y puntualidad, porque alegamos a *Casanate* en el *num.* 31. & 32. y lo que en este vltimo dize *Casanate*, no es limitacion de la conclusion, de que el mayorazgo se ha de pedir, ex scriptura referente, & non ex relata, ni aurà quien lo diga, sino solo que se deue pedir, *ex scriptura referente ad similitudinem relatae*; y en esta question no entramos, porque no es del caso, ajustandonos al punto, que es *vtrum maioratus peti debeat ex scriptura referente an ex relata*, en que no se mostrara quien diga, que se ha de pedir en virtud de la *relata*, sin mostrar la *referente*, ni es possible,

ad

ad similitudinem, y conforme a las clausulas de aquella à que se refiere, es la questiõ y desta no se trata, y veasse al mismo Calanate, que el *num.*30. ad fin. dize estas palabras: *Nam verborum relatiuorum prior, & genuina significatio est, ut ex referente agatur non ex relato, l. asse toto, ff. de hæredit. instit. l. instituto talis, ff. de condit. inst. l. si ita scripserit, ff. de condit. & demonst.* y prosigue el *num.*30. 31. & 32. *Quorum argumento ita docuit idem inet, Decius contrariæ opinionis autor consil.*497. *n.*4. *inde deducens, ex noua scriptura referente, iuxta naturam relationis agendum esse, nisi ex verbis, vel mente constet voluisse agi ex scriptura relata illam ad bona, de nouo vinculata prorogando, & extendendo. Ergo merito verba, de quibus agimus intelligenda erunt per prius, ut ex nouo titulo agatur, ad similitudinem antiqui, non per posterius, ut agatur ex titulo antiquo prorogato, ex prædicta analogorum regula quæ dictat, verba in materia odiosa esse intelligẽda per prius non per posterius*, & protinus, *numer.* 33. ibi: *Prius enim dicitur, quod intelligitur secundum veritatem, essentiam, & substantiam: posterius, vero quod intelligitur per similitudinem*: Y assi lo que puede causar admiracion, es, que esta dotrina, y distincion, siendo juridica, y clara no se entienda, pues mayorazgo no se puede dar sin la fundaciõ dèl, y regularse la sucession, por la escritura de mayorazgo a que se refiere, si, y sobre la regulacion, extension, ò limitacion de la escritura a que se refiere, es la duda, mas no en quanto al pedimiento, y demanda, que esta se ha de fundar en la escritura *referente* y no en la *relata*; y esto tienen comunmẽte *Socino*, *Peregrino*, y otros que refiere *Fusario*, *q.*498. *num.* 7. por nuestra parte alegado.

345 En el *num.*26. y los siguientes, se quiere satisfazer a lo que en nuestra informacion *à num.*70. dezimos, sobre que en la demanda, ni en la sentẽcia, no se cõprehenden los bienes subrogados, ni acrecentados por el Comendador Francisco Zapata, y la jurisdicion, tercias, y alcaualas, que don Luis Zapata, abuelo del que litiga comprò: y auiendose mostrado por nuestra parte, que en la sentencia, no viene lo no pedido, y deducido; y que lo subrogado no sigue la naturaleza de aquello, en cuyo lugar se subroga en quanto a la execucion, porque a esta deue preceder pedimiento, y conocimiento de causa: y que esto procede sin dificultad en el caso presente, por las razones dadas en nuestra primera informacion *à num.* 75. Dize la otra parte, q̃ en el juizio de la liquidacion se pudo ajustar, pues en el ay conocimiẽto de causa, y strepito judicial, mas no es este el conocimiento que el derecho requiere; porque todo lo que se liquida en execucion de la carta executoria, se reduce a lo deducido antes de la sentencia, y a lo en ella comprehendido, aunque no se vse en la sentencia de palabras tan precisas, y taxatiuas, como las de nuestra sentencia, y comission en que no nos alargamos, por no consumir el tiempo, y cansar, remitiẽdonos en quanto a la limitacion de la sentencia, y comission a lo dicho en nuestra 1. *allegat. num.*10. Y en quanto al excesso a Salgado que trata, y resuelue la question de *reg. protect. part.*4. *cap.*9. donde en el *num.*4. pone esta conclusion: *Sententia de vna re, in ipsa expressa, ad aliam non expressam non extenditur*, y aunque la negatiua se omite en el sumario por error de la Impreta, en la conclusion, y su prueua, està como dezimos, y es preciso, y el sumario del *num.*5. *ex sententia super certis bonis conditione maximè alia non expressa, non includit*, y en el *num.*7. dize assi: *Sententia non extenditur ad augmentum rei limitatæ*, y en el *nu.*8. *Sententia numquam cõtinet ea, de quibus in iuditio non fuit actum neque in iuditio cognitum*, que procede aunque se pidan, y deduzgã muchas cosas, si no se prosigue, y contesta la demanda sobre todas ellas, *ut ibidem nu.*9. *&* 10. y cerca de la restitu-

titucion de los frutos causados, y consecutiuos al dominio, pone, y prueua Salgad. *num.38. fructus in sententia vbi tacitè sunt subintellecti locum habent, quando fuissent in iudicio deducti.*

346 En efecto el juizio de la liquidacion es incidente, y no principal, y assi sigue la naturaleza deste, con lo qual no se puede estender a lo no pedido, y mucho menos a lo no dado por la sentencia, cuya restriction, y limitaciõ, haze regla en cõtrario, vt late *Salgado vbi sup. & in alijs locis, & Tuschus eadem conclus. incidens quæstio*

347 Dilatasse la otra parte desde el *num.27.* de su informacion, en responder a lo que representamos en la nuestra, desde el *num.75.* para mostrar las dificultades q̃ se ofrezen, y deuian justificar cerca de los bienes acrecentados, y subrogados; y esto para mayor justificacion de nuestra proposicion, que es deuerse deduzir, pedir, y proseguir el pleito desde su principio sobre estos derechos, y como si esto no se dixera a fin de mostrar, con quanta mas razon deuia preceder conocimiento de causa, y formarse juizio ordinario a que pudiesse corresponder la sentencia, como si en este incidente se pudiera tratar, discurren por cada vna de las partidas comprehendidas en la subrogacion, y acrecentamientos que se pretenden, sobre que nos remitimos a lo dicho en nostr. 1. *alleg.* aduirtiendo que en el *num.31.* se repite lo que alli *num.78.* dezimos cerca de las tierras de Villa Franca, y en el *nu.* siguiente que es 32. se dizen estas palabras. *Esta ponderacion, como las demas, no se ajusta al hecho, porque como consta por el mem. n.5. El señor Luis Zapata fundò mayorazgo, y entre otros muchos bienes q̃ expressò, añade con las otras quinterias, y tierras que tenemos, y heredamos, y auemos comprado en la dicha villa de Llerena, y sus terminos, sin sacar, ni quitar de las dichas tierras, ni heredamiẽtos cosa alguna, y por el mismo mem. està verificado en la preg.4. que las villas de Villa Franca, y Vsagre en Estremadura, han sido termino, y jurisdicion de Llerena, y lo erã el año de 512. mem. n. 317. & 318. y en el fol.92. n.452. estã expressadas por deste mayorazgo las tierras de Villa Franca, vt videre est, d. n.452. Con q̃ se cõuence q̃ quan ageno es del hecho verdadero, el dezir las tierras de Villa Franca, no fueron, ni son de la fundacion deste mayorazgo.* Y esta assercion es sumamente animosa, y el modo de hablar muy sobrado, pues se conuence de lo que afirmamos en nuestra informacion, y se prueua a la 7. preg. *num.354 Que la villa de Villa Franca en Estremadura, es, y ha sido desde su creacion con termino señalado, distinto, y apartado del de la ciudad de Llerena; y que està distinto, y apartado el vn lugar del otro siete leguas; y que la villa de Vsagre ha tenido assimismo su termino distinto, y apartado de la dicha ciudad de Llerena, y que nunca ha sido del termino della.* Y la prueua se haze con dos testimonios, y catorze testigos, y a la pregunta en que se articula por parte de don Fernando *que Villa Franca, y Vsagre han sido termino, y jurisdicion de Llerena, y lo eran el año de 512.* solo responden dos testigos mal instruidos de la verdad del hecho, y como en esta parte nos ajustamos al verdadero hecho, lo auemos procurado hazer en todo lo demas, con que el argumento de la otra parte, se retuerçe contra èl.

348 En el *num.33.* se dize, que los censos que se tomaron para la compra de la jurisdicion, y su redencion, salieron de los bienes del dicho mayorazgo, *mem. a num. 129. vsque ad 142.* y este hecho no es cierto, como parece del *mem. num.133.* y los siguientes, a que la otra parte se remite.

349 En el *num.34.* se dize, que el censo de 500ꝗ. marauedis de resto del censo de los 12ꝗ. ducados, se redimiò con otra tanta cantidad, que se sacò del precio en q̃ se vendieron al Tribunal de la Inquisiciõ, las casas comprehendidas en el mayorazgo

go del año de 512. Y este hecho no le negamos en parte, mas dezimos que en la vēta de las dichas casas, no solo se comprehendieron las vinculadas por el señor Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger; sino tambien las del Comendador principales, y mayores, y otras 21. casas adquiridas, y cōpradas por el, y el corral de Concejo y Ronda, *ut dicimus sup. num.* 155

350 En el 37. se supone lo que dezimos en nuestra alegacion principal, *num.* 84. cerca de la limitacion de la facultad que ganò don Luis Zapata, diziēdo no fue especial para vender, ni enagenar los bienes del mayorazgo, si no para poder tomar a censo.

352 Y en el *n.* 38. se dize, que se admiran vna, y muchas vezes, de tantas equiuocaciones, y en esta parte no la ay, considerādo el presupuesto de que se trata, que es el mayorazgo de 512, instituido por los señores Luis Zapala, y doña Maria de Chaues su muger, porque la facultad fue general, y no particular, como en contrario se supone, ni delos bienes de aquel mayorazgo se vendio parte alguna, con q̄ de todo punto se desvanece la equiuocacion que se nos imputa, sin atender a la verdadera inteligencia de lo que dezimos, y sin reparar en las equiuocaciones, de la otra parte, que son tantas, assi en el hecho, como en el derecho, que nos ha necessitado a dilatarnos contra la breuedad que professamos.

352 En el *num.* 39. se dize, que los bienes subrogados en el mayorazgo, y especialmente la jurisdicion, tercias, y alcaualas, y lo anexo, y consecutiuo a estos derechos, se compraron en nombre del mayorazgo, y para el, y no en nōbre del dicho don Luis Zapata, como dezimos en nuestra informac. *num.* 87. y lo cierto es, que la compra se hizo en nombre, y para el dicho don Luis, y sus herederos, y sucessores, como consta del *mem. num.* 114. donde despues de hecho se anotò a instancia de don Luis, como la escritura de venta dezia; *Para èl, y sus herederos, y sucessores*: Y esta anotacion està puesta en el mismo asiento en tres partes, y en otras tres clausulas q̄ estan puestas a la letra, *mem. num.* 705. assi que lo que alli dezimos es cierto, puntual, y verdadero, y la distinciō del señor Molina ajustada, y lo q̄ en cōtrario se dize, inducido de la facultad, que no es autentica, como se muestra *in nostr. 1. alleg. num.* 75. con relacion a los 20. & seqq.

353 En el *num.* 42. se dize, contra lo que en nuestra informacion dezimos, *nū.* 88. de que el assumpto de la *l. 45. de Toro*, no es firme en quanto a la translacion de la possession; respecto de los bienes subrogados, que ay otros Autores de contraria opinion, que se juntan en la informacion principal de la otra parte *a nu.* 277. y a esta a que vamos respondiendo *nu.* 43. que por nuestra parte no se niega ser controuersia, concluyendo en el *num.* 89. que quando el remedio de la *l. 45. de Toro*, se estendiera a los bienes subrogados, auia de ser pidiendose expressamente en la demanda, y a esta conclusion que es solida, y totalmente exclusiua de la pretension contraria, no se responde; y reconociendo que las dotrinas *de Afflictis, y Mieres* son agenas del caso, porque hablan en terminos de permuta, y subrogacion hecha lite pendente super ipsa re permutata, seu subrogata, como se muestra *dict. nostr. alleg. num.* 90. bueluen a valerse de las mismas dotrinas, y a referir las palabras destos dos Autores, sin satisfazer a la replica q̄ hizimos contra aquellas dotrinas, mostrando no ser aproposito; porque las subrogaciones de que se trata, no fueron hechas lite pendente, si no muchos años antes que llegasse el caso deste pleito, y el repetir de vna, y otra vez esta question, no puede tener mas fundamento, que procurar confundir, y obscurecer la verdad, y firmeza desta conclusion.

354 En el *num.*44.se rebuelué los autos, en que se declarò no deuer la parte de don Luis Zapata, responder a la demanda de don Fernando, si no es en quanto al mayorazgo q̃ fundaron los señores Luis Zapata, y doña Maria de Chaues su muger, y se añade que los autos en que se le mandò al Administrador, no administrasse mas bienes, que los comprehendidos en el mayorazgo de 512. y se desembargassen los demas, como se hizo, se responde, que dicha execucion, y desembargo se hizo, sin citacion de don Fernando, ni auersele dado traslado, que se conuence con lo dicho en este punto, sup. *num.*.11

355 En el *num.* 45.se dize, que en la clausula que referimos, *num.*94.de nuest. inform.1.admitimos la palabra *otras Alquerias*, dichas con relacion a las especificadas, que mostrandose quales son, y q̃ estan comprehendidas en los lugares donde se dize las dexò, no impugnamos se le den a don Fetnando.

356 En el *num.*46.se pondera, que el Administrador pagò vna partida a dō Fernando, como comprehendida, y procedida de lo perteneciente al mayorazgo de 512. Y este hecho del Administrador, no puede causar perjuizio a la verdad, ni a D. Luis, que no fue citado para ajustarse, si pertenecia al dicho mayorazgo, ò no.

357 En el *num.*98.se dize, contra lo que dezimos en el 98.de *nuest.alleg.* que aunque en el mayorazgo de 512.no pueden venir, ni comprehenderse el lugar de Berja, y Almexixar por ser Realengos, vendrian las tierras, y haziendas que en estos tenian los fundadores, que concedemos: pero es menester mostrar quales erã, y quãtos; aduirtiendo que los ocho lugares, dōde dize tiene hazienda, ninguno dellos era de los fundadores, y esta negatiua se prueua de la fuerça de aquellas palabras, ibi: *Que nos tenemos, y possèemos en la Taba del Cebel, en el lugar de Berja, y en los lugares de Torbiscon, y Alquerias e Alcaçar de Sorbilan, è lugar de Luuiare; Facaxanit, Almixijar, y Alqueria de Bordomarela*: Y de los bienes a los lugares, và mucha diferencia, y siendo estos bienes de mayor calidad, no auian de omitir los fundadores, el dezir que eran suyos, expressando los bienes que en ellos tenian, como en territorio ageno, que en los dos no se niega por la otra parte, despues que constò eran Realengos, sobre que nos remitimos a lo dicho, *num.*97. y 98.

358 En el *num.* 50.se habla de los bienes auices, sin que se diga cosa que nos obligue a respuesta, sobre q̃ nos remitimos a lo dicho en nuestra 1.inform. *sup.num.*285.

359 Al *num.* 51.se responde lo mismo, remitiendonos al *num.*102.y 103.

360 En el *num.*52. se trata del cortijo de Cisnallos, y Colomera, casas del Cãpo del Principe, a que està satisfecho en nuestra 1. informacion, *num.*105.*& sup.*147

361 Al *num.*53. està satisfecho con lo dicho en nuestr. 1.inform.*& sup.nu.* 190

362 Finalmente don Fernando Zapata, no puede pretẽder mas bienes que los expressados en el mayorazgo de 512. y destos los sitos en el Reyno de Granada, sobre que el executor por su auto, mandò liquidar, y recibiò la causa a prueua, restringiendose, y limitandose a los bienes del Reyno de Granada, *mem.num.*495. Y quãdo el auto de liquidacion, y prueua, se limita a cierto genero de bienes, no se puede tratar de los demas, y assi lo reconociò el dicho don Fernando, pues en su interrogatorio se estrechò a solo los dichos bienes, sin passar a otros; de que se sigue que en la sentencia se deue ajustar, y proporcionar a la prueua hecha ante el executor, sin dar lugar a nueuas pretensiones, como es la de los bienes de Llerena, de q̃ no se tratò, ni hizo prueua ante el juez executor: con q̃ la justicia de dō Luis es notoria. Salua, &c.

Lic. Paulo de Vitoria. *Lic. Manuel de Almeida.* *Lic. D. Diego de Baeza.*